Die Unmöglichkeit beim Kauf.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock.

Vorgelegt

von

ERICH HELMS,
Referendar,
Rostock in Mecklenburg.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

BERLIN
Verlag von R. Trenkel
1912.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Meiner lieben Braut

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0009

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis 7

I. Einleitung 13

II. Allgemeiner Teil.

Begriff und Arten der Unmöglichkeit.

§ 1. Begriff der Unmöglichkeit . . . . . 15—19

§ 2. Objektive und subjektive Unmöglichkeit . . 19—23

§ 3. Ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit 24—28

§ 4. Gänzliche und teilweise Unmöglichkeit . . . 28—35

§ 5. Dauernde und vorübergehende Unmöglichkeit 35—38

§ 6. Rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit . . 39—40

§ 7. Zu vertretende und zufällige Unmöglichkeit . 40—45

III. Besonderer Teil.

A. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht.

§ 8. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht eines Schuldners im allgemeinen 46

§ 9. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht des Verkäufers im Verhältnis zueinander . . 46—50

B. Verhältnis der Unmöglichkeit der Leistung und der Mangelhaftigkeit der Kaufsache zueinander.

§ 10. Allgemeines.
Allgemeine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung neben den besonderen Vorschriften des Kaufrechts . . . . . 50—51

1. Rechtsmängel und Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Verhältnis zueinander.

§ 11. Die mit einem Rechtsmangel behaftete Leistung stellt sich als Nichterfüllung der Vertragspflicht des Verkäufers dar . . . . . 51—52

§ 12. Das Resultat und seine Folgen . . . . . 52—55

2. Sachmängel und Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Verhältnis zueinander.

§ 13. Allgemeines . . . . . 55—56

Mängel einer Speziessache, die schon beim Kaufabschluß vorhanden sind.

§ 14. Mängel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art 56—61

Seite

§ 15. Die Zusicherung von Eigenschaften . . . . 61—68
§ 16. Das Resultat und seine Folgen . . . . . 68—70
Mängel einer Speziessache, die nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Gefahrübergang eintreten.
§ 17. Mängel der im § 459 bezeichneten Art . . 70—76
§ 18. Das Resultat und seine Folgen. Zusammentreffen der Gewährleistungsvorschriften mit den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung . . . . . 76—85
§ 19. Der Einfluß der Gewährleistungsvorschriften auf die konkurrierenden allgemeinen Vorschriften . . . . . 85—87
§ 20. Mängel einer Gattungssache der im § 459 bezeichneten Art . . . . . 87—95
§ 21. Das Resultat und seine Folgen . . . . . 95—97
§ 22. Die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, die nach dem Gefahrübergange eintritt . . . . . 97—98

Literaturverzeichnis.

1. **André.** Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im heutigen gemeinen Recht. Leipzig. 1890.
2. **Berndorff.** Die Gattungsschuld. Berlin. 1900.
3. **BGB.** Kommentar von Reichsgerichtsräten. 1910.
4. **Biermann.** Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 91, S. 73ff. Tübingen und Leipzig. 1901.
5. **Brecht.** System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung). In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 53, S. 213ff.
6. **v. Blume.** Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 55, S. 209ff. Jena 1909.
7. **Corpus iuris civilis.** Digesta. Ausgabe von Theodor Mommsen Berlin 1892.
8. **Cosack.** Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erster Band. Zweite Auflage. Jena 1899.
9. **Cretschmar.** Das Bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Landesgesetzgebung. Erster Band. Düsseldorf 1902.
10. **Crome.** System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.
11. **Derselbe.** Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 Abs. 2 BGB.). „Recht" 1902 S. 333ff.
12. **Dernburg.** Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Zweiter Band. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Erste und zweite Auflage. Erste und zweite Abteilung. Halle 1899 u. 1901.
13. **Derselbe.** Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Zweiter Band. Das Obligationenrecht. Fünfte Auflage. Halle 1897.
14. **Derselbe.** Pandekten. Zweiter Band. Obligationenrecht. Siebente Auflage. Berlin 1903.
15. **Derselbe.** Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 1 ff.

16. **Deutsche Juristen-Zeitung.**
17. **Düringer-Hachenburg.** Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dritter Band. Erste Lieferung. Mannheim 1903.
18. **Eccius.** Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 43, S. 305 ff. Berlin 1899.
19. **Derselbe.** Das Recht auf Eigentumsverschaffung beim Kaufe. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 50.
20. **Eck.** Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erste und zweite Auflage. Berlin. 1902.
21. **Emerich.** Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. Jena 1899.
22. **Endemann.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Erster Band. Achte Auflage. Berlin 1903.
23. **Ennecerus-Lehmann.** Das Bürgerliche Recht. Erster Band. Zweite Auflage. Marburg 1901.
24. **Entscheidungen** des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).
25. **Entscheidungen** des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.).
26. **Fischer.** Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre, in der Festschrift zum 50jährigen Jubiläum Sr. Exzellenz des Staatsrates Dr. Julius von Arnsberg am 17. Mai 1904.
27. **Derselbe.** Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 51, S. 159 ff. Jena 1907.
28. **Fischer-Henle.** Das Bürgerliche Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. Siebente Auflage. München 1906.
29. **Friedberg.** Verhältnis der Mängelhaftung zur Erfüllung. Dissertat. Rostock. 1907.
30. **Goldmann-Lilienthal.** Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Erster Band. Zweite Auflage. Berlin 1903.
31. **Goldschmidt.** Über die Statthaftigkeit der ädilizischen Rechtsmittel. In der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 19.
32. **Goudefroy.** Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Dissertation. Rostock 1902.
33. **Haake.** Inwieweit steht das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Unmöglichkeit der Leistung gleich? Dissertation. Breslau 1903.
34. **Hartmann.** Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.
35. **Heilfron.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erste Abteilung. Allgemeiner

Teil. Vierte Auflage. Berlin 1908. Zweite Abteilung. Recht der Schuldverhältnisse. Dritte Auflage. Berlin 1905.

36. **Hellbach.** Mängel der verkauften Sache. „Recht" 1905 S. 6 ff.
37. **Hohenstein.** Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 25, S. 69 ff. Berlin 1905.
38. **Julius.** Inwieweit ist der Verkäufer nach dem BGB. zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet? Dissertation. Erlangen. 1907.
39. **Juristische Wochenschrift.**
40. **Kaplan.** Die ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, insbesondere die teilweise Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes nach dem Gemeinen Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation. Rostock 1903.
41. **Kipp.** In den Verhandlungen des 27. Juristentages. Bd. I.
42. **Kisch.** Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.
43. **Kleineidam.** Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.
44. **Ders.** Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. In Iherings Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 43, S. 105 ff. Jena 1901.
45. **Krahmer.** Gegenseitige Verträge. Studien zur Systematik des Reichsrechts. Halle. 1904.
46. **Krückmann.** Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Archiv f. d. zivilist. Praxis. Bd. 101, S. 1 ff., 1907.
47. **Kuhlenbeck.** Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin. 1899.
48. **Ders.** Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. XLII. Unmöglichkeit der Leistung. In Jurist. Wochenschr. 1898 Nr. 16 u. 17, S. 133 ff.
49. **Ders.** Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I, Aufl. II. Berlin 1903.
50. **Leonhard.** Die Beweislast. Berlin 1904.
51. **Martinius.** Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 17, S. 50 ff. Berlin 1900.
52. **Matthiass.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. V. Aufl. Berlin 1910.
53. **Mommsen.** Beiträge zum Obligationenrecht. I. Bd. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig 1853.
54. **Motive** zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. I. u. II. Bd. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.

55. **Müller.** Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkaufe oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Kann dieser Schadensersatz neben Wandelung noch gefordert werden? „Recht" 1902 S. 576 ff.

56. **Neumann.** Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. I. Bd., IV. Auflage. Berlin 1905.

57. **Nowicki.** Wieweit ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern? Dissertation. Erlangen 1907.

58. **Oertmann.** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. II. Auflage. Berlin 1906.

59. **Ders.** Zur Lehre von der Wandelung. „Recht" 1904 S. 4 ff.

60. **Ders.** Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. „Recht" 1908 S. 345 ff.

61. **Derselbe.** Sachmängel und Abnahmepflicht. „Recht". 1909 S. 617 ff.

62. **Petri.** Die Gewährleistung für Mängel im Recht beim Sachkauf nach BGB. Dissertation. Straßburg 1899.

63. **Planck.** Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. III. Auflage. Berlin 1907.

64. **Protokolle** der Kommission für die erste und zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897, 1898.

65. **Rechtsprechung** der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

66. **Rehbein.** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. I. Bd. Berlin 1899. II. Bd. Berlin 1903.

67. **Rümelin.** Dienst- und Werkvertrag. 1905.

68. **Ruppert.** Die Folgen der vom Käufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtung. Dissertation Rostock 1903.

69. **v. Savigny.** Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. I. u. II. Bd. Berlin 1851, 53.

70. **Scherer.** Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erlangen 1897.

71. **Schlossmann.** Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges. In Iher. Jahrb. für die Dogm. Bd. 45, S. 97 ff. Jena 1903.

72. **Schneider.** Im „Recht" 1903.

73. **Schöller.** Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. In Gruchots Beitr. z. Erläut. d. deutschen Rechts. Bd. 45, S. 511 ff. Berlin 1901.

74. **Derselbe.** Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag,

Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. In Gruchots Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 46, S. 1 ff. Berlin 1902.

75. **Schollmeyer.** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
76. **Derselbe.** Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1897.
77. **Derselbe.** Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht für Fehler beim Kauf. In Iher. Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 49, S. 93 ff. Jena 1905.
78. **Schröder.** Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1903.
79. **Schultze.** Findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, insbesondere aus § 276 BGB. dem Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? Im Archiv f. bürg. Recht. Bd. 30, S. 141 ff. Berlin 1907.
80. **Seufferts** Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten.
81. **Siber.** Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
82. **Derselbe.** Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Iher. Jahrb. für die Dogm. Bd. 50, S. 55 ff. Jena 1906.
83. **Stammler.** Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
84. **Staub.** Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. VIII. Aufl. II. Bd. Berlin. 1907.
85. **Derselbe.** Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.
86. v. **Staudinger.** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. V.—VI. Aufl. München u. Berlin 1910.
87. **Stiebel.** Welche Rechte kann dem Käufer einer Sache die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers gewähren? Dissert. Freiburg 1904.
88. **Thöl.** Handelsrecht. 1879.
89. **Titze.** Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
90. **Ubbelohde.** Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs in zweiter Lesung, §§ 232, 235. Im Archiv f. d. zivil. Praxis. Bd. 85, S. 118 ff. Freiburg u. Leipzig 1895.
91. **Ude.** Über die Bedeutung des Satzes: „Impossibilium nulla obligatio." Im Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 48, S. 246 ff., S. 366 ff. Heidelberg 1865.
92. **Werner.** Die Schadensberechnung bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschlusse. „Recht" 05, S. 303 ff.

93. **Wolff.** Sachmängel beim Kauf. In Iher. Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 56, S. 1 ff. Jena 1910.
94. **Windscheid.** Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 188 .
95. **Windscheid-Kipp.** Lehrbuch des Pandektenrechts mit vergleichender Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. u. II. Bd. VIII. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
96. **Zucker.** Schadensersatz und Wandelung bei schuldhaft mangelhafter Lieferung des Verkäufers. Dissertation. Erlangen 1907.

I. Einleitung.

Das Nichtbewirken der einem Schuldner kraft Gesetzes oder nach dem Inhalte eines Schuldverhältnisses obliegenden Leistung hat entweder seinen Grund darin, daß der Schuldner seine Leistung nicht bewirken will oder darin, daß der Schuldner seine Leistung nicht bewirken kann[1]). Nur die letztere Alternative, nämlich nur das Nichtleistenkönnen, kommt bei der im folgenden gegebenen Abhandlung über den Begriff und die Arten der Unmöglichkeit [Allgemeiner Teil, §§ 1—7] in Betracht, da für die natürliche Auffassung nur beim Mangel des Könnens, nicht auch beim Mangel des Willens[2]) Unmöglichkeit gegeben ist. Freilich kann auch gegebenenfalls beim Vorliegen der ersteren Alternative, nämlich beim Mangel des Willens, sich Unmöglichkeit ergeben. Denn wenn der Zeitpunkt der Leistung einen integrierenden (untrennbaren) Bestandteil der Leistungspflicht bildet, kann auch dadurch, daß der Schuldner zu der bestimmten Zeit nicht liefert, weil er nicht liefern will, die dem Schuldner nach dem Vertrage obliegende Leistung unmöglich werden. Im ersteren Falle bildet aber die Unmöglichkeit die Ursache, im letzteren Falle dagegen die Folge des Nichtleistens[3]).

Die Unmöglichkeit der Leistung schließt sonach als Tatbestandsmerkmal die Nichterfüllung der geschuldeten Leistung in sich. Daraus ergibt sich, daß die allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung eines Schuldverhält-

[1]) Kleineidam S. 1; Goldmann-Lilienthal I, § 85, S. 332.

[2]) Kleineidam S. 1.

[3]) Vgl. Goldmann-Lilienthal I, § 85, I. S. 332, insbes. auch das Beispiel in Anm. 4 daselbst.

nisses, insbesondere die Vorschriften über die Unmöglichkeit, neben den für den Kauf aufgestellten Sondervorschriften nur dann zur Anwendung kommen können, wenn sich die mit einem Rechts- respektive Sachmangel behaftete Leistung des Verkäufers als Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Vertragsleistung darstellt. Wann dies letztere der Fall ist, soll im „Besonderen Teil“ der vorliegenden Arbeit gezeigt werden.

II. Allgemeiner Teil.

Begriff und Arten der Unmöglichkeit.

§ 1. Begriff der Unmöglichkeit.

Der Begriff der Unmöglichkeit kann von einem doppelten Gesichtspunkte aus erörtert werden.

Geht man von der Betrachtung der Unmöglichkeit für den Fall aus, daß ihr jegliche Beziehung zu einem Schuldverhältnisse fehlt, so kann man sie mit Hartmann definieren als: „Unmöglichkeit ist nichts als negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens“ [1]) oder mit Titze als: „Das Unmögliche ist das Gegenteil des Notwendigen [2]).“ Unmöglich in diesem Sinne ist also, was unter keinen Umständen, notwendig nicht geschehen kann. Dieser Begriff der Unmöglichkeit hat aber mehr philosophischen als juristischen Wert. Für die Rechtsordnung interessiert nur der Begriff der Unmöglichkeit, den man bei der Betrachtung der Unmöglichkeit in Verbindung mit einem bestimmten Schuldverhältnisse gewinnt [3]).

Unmöglich im Sinne eines bestimmten Schuldverhältnisses ist eine Leistung schon dann, wenn der mit der Leistung erstrebte Erfolg gemäß dem Inhalte des bestimmten Schuldverhältnisses nicht herbeigeführt werden kann. Es genügt in diesem Falle also nicht, daß der mit der Leistung erstrebte Erfolg, abstrakt betrachtet, eintreten kann, sondern dieser Erfolg muß gerade mit der „obligations-

---

[1]) Die Obligation S. 172.

[2]) a. a. O. S. 2.

[3]) Vgl. hierzu Kleineidam in Jherings Jahrb. S. 110, der den Begriff der Unmöglichkeit in diesem Sinne nur allein als richtig anerkennt.

mäßigen Kraftanstrengung“[1]), d. h. der dem Inhalte und Gegenstande des konkreten Schuldverhältnisses entsprechenden Kraftentfaltung, herbeigeführt werden können[2]), oder wie Brecht[3]) es ausdrückt: „Der Schuldner hat die rechtliche Pflicht, nach Maßgabe des Rechtsgeschäftes, auf dem sein Schuldverhältnis beruht, zwecks Befriedigung des Gläubigers sich anzustrengen und Aufwendungen zu machen“ (sog. Prinzip der Kraftanstrengung).

Da die obligationsmäßige Kraftanstrengung, die„ Stärke des Solls“[4]), sich als ein wesentlicher Teil des Leistungsinhalts bei jedem Schuldverhältnisse darstellt, so liegt Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn der Schuldner den mit der Leistung erstrebten Erfolg zwar herbeiführen kann, aber nur mit einem Kraftaufwande, der die obligationsmäßige Kraftanstrengung übersteigt. Denn nur zu dem obligationsmäßigen Kraftaufwande ist der Schuldner auf Grund der Parteivereinbarung oder gemäß der Verkehrsanschauung bei der Herbeiführung des Erfolgs verpflichtet.

Ob eine Leistung unmöglich ist, muß also in jedem einzelnen Falle nach freiem richterlichen Ermessen aus dem gesamten Inhalte des Schuldverhältnisses festgestellt werden. In jedem einzelnen Falle ist zu prüfen, welcher Erfolg nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses herbeigeführt werden soll, welche Kraftanstrengung zur Herbeiführung dieses Erfolges erforderlich ist und zu welcher Kraftanstrengung der Schuldner nach dem konkreten Schuldverhältnisse verpflichtet ist[5]).

Die Beantwortung der letzteren Frage kann je nach der Art der schuldnerischen Verbindlichkeit verschieden ausfallen, z. B. wird man vom Verkäufer einen größeren Kraftaufwand verlangen können als vom Schenker. Außer-

---

[1]) Kleineidam a. a. O. S. 15.

[2]) Hierauf weist namentlich Kleineidam S. 14 ff.; Jherings Jahrb. S. 110 ff., hin.

[3]) Jherings Jahrb. Bd. 53, S. 242.

[4]) Hartmann S. 249.

[5]) Stiebel S. 29.

dem ist hierbei eine etwaige, bereits beim Vertragsschlusse vorhandene Kenntnis des Schuldners von den zu überwindenden Hindernissen sowie bei gegenseitigen Verträgen auch die Höhe der Gegenleistung in Betracht zu ziehen. Immer aber wird der Leitsatz des § 242, wie Oertmann sehr richtig bemerkt[1]), bei der Entscheidung dieser Frage von großer Bedeutung sein. Nach § 242 hat der Schuldner, worauf namentlich Titze[2]) hinweist, einmal nur das zu leisten, quidquid dare facere oportet ex fide bona, andererseits darf aber auch nicht jede etwa nach Vertragsschluß eingetretene, unvorhergesehene Erschwerung der Leistung als Unmöglichkeit angesehen werden, sondern in jedem einzelnen Falle muß geprüft werden, ob in concreto nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Leistung vom Schuldner erfordert werden kann[3])[4]). So wird man beim Vorliegen von ganz außergewöhnlichen, vom Schuldner beim Abschluß des Vertrages nicht vorhergesehenen Opfern regelmäßig Unmöglichkeit der Leistung annehmen[5]). Aber auch hier können die Umstände des

---

[1]) a. a. O. S. 80.

[2]) a. a. O. S. 3.

[3]) Vgl. v. Staudinger II, Vorbem. zu den §§ 275—282 I, 1, S. 125

[4]) Gleicher Ansicht auch Crome § 141, 1a; vgl. auch BGB., Kommentar von Reichsgerichtsräten, Bd. I; § 275, 2a; E. S. 236: „Der unbedingten Unmöglichkeit der Leistung ist auch der Fall gleich zu setzen, daß der Schuldner nur mit übermäßiger Kraftanstrengung, also nur unter solchen Schwierigkeiten oder nur unter so großen Aufwendungen zu erfüllen vermöchte, daß ihm die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann; denn über diese letzte Grenze hinaus geht die Leistungspflicht des Schuldners gemäß § 242 überhaupt nicht. (RG. 57, 118; 63, 34)"

[5]) Der Grundsatz, daß außergewöhnliche Opfer nicht vom Schuldner verlangt werden können, kommt auch in den §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 S. 2 zum Ausdruck; vgl. hierzu auch Schöller bei Gruchot Bd. 45, S. 535; Kisch S. 12; Berndorff S. 46; Titze S. 4 ff.; Planck § 279, Anm. 1 S. 79; anderer Ansicht: Biermann, S. 99 und Endemann § 119 Anm. 12, die auch beim Vorliegen von außergewöhnlichen Schwierigkeiten nie Unmöglichkeit für gegeben erachten.

besonderen Falles das Gegenteil ergeben, z. B. wenn der Schuldner die Garantie für die Erfüllung übernommen hat.

Titze[1]) kommt bei der Definition des Begriffes der Unmöglichkeit zu einer Zweiteilung des Unmöglichkeitsbegriffes. Er sagt, „logisch unmöglich sei eine Leistung, wenn der erstrebte Erfolg unter keinen Umständen herbeigeführt werden könne", juristisch unmöglich sei eine Leistung, „die an sich zwar prästiert werden könne, deren Bewirkung aber ein solches Übermaß an Opfern erfordere, daß sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden dürfe".

Ebenso scheint Kisch[2]) einen Unterschied zwischen „logischer" und „juristischer" Unmöglichkeit zu machen. Er sagt nämlich: „Regelmäßig wird eine Leistung, die nur unter äußerster Kraftanstrengung und unter Aufwendung ganz unverhältnismäßiger Mittel noch bewirkt werden kann, im Sinne der Rechtsordnung nicht mehr als möglich zu behandeln sein". Mit dieser Unmöglichkeit „im Sinne der Rechtsordnung" meint Kisch offenbar „juristische" Unmöglichkeit. Beide, Titze und Kisch, kommen somit, wenn auch auf anderem Wege, zu demselben Ergebnis wie wir.

Im Gegensatze zu Titze und Kisch lehnt Krückmann[3]) den besonderen Begriff einer „juristischen" Unmöglickeit ab und erkennt[4]) allein Hartmann's „logische" Unmöglichkeit als richtig an.

„Die Wahrheit von Hartmann's Ausführung über die Unmöglichkeit als die Notwendigkeit des Nichtgeschehens scheint mir so unentbehrlich als Grundlage für die ursprüngliche Erörterung des Unmöglichkeitsrechts, daß es mir eine bedauerliche Verirrung zu sein scheint, neben der Unmöglichkeit im logischen Sinne noch eine Unmöglichkeit im juristischen Sinne anzunehmen[5])". Jedoch setzt sich Krück-

[1]) a. a. O. S. 2ff.

[2]) a. a. O. S. 12.

[3]) Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, Arch. f. d. ziv. Pr. S. 1 ff.

[4]) Vgl. a. a. O. S. 60 ff.

[5]) a. a. O.

mann mit seiner eigenen Auffassung in Widerspruch, wenn er sagt[1]), „nicht die reine Vernunft, sondern die praktische Vernunft entscheide, ob etwas möglich sei". Denn seine „praktische" Unmöglichkeit scheint offenbar nichts anderes zu sein als die von Titze und Kisch sog. „juristische" Unmöglichkeit.

§ 2. Objektive und subjektive[2]) Unmöglichkeit.

Bereits im gemeinen Rechte findet sich die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit[3]). Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Unmöglichkeit ihren Grund „in dem Gegenstande der Obligation an sich"[4]), „in der Natur der Handlung an sich"[5]) hat, subjektive dagegen, wenn sie lediglich „in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Beziehung zu dem Gegenstande der Obligation"[6]) begründet ist.

Diese Unterscheidung[7]) ist auch in das BGB. über-

---

[1]) a. a. O. S. 61.

[2]) Die Namen „objektive" und „subjektive" Unmöglichkeit finden sich zuerst bei v. Savigny, I und II. S. 384.

[3]) Bei Matthias § 73, V. A. 2. S. 178; Dernburg, Bürgerl. Recht § 60, I. S 128; Crome § 145, 1 a. S. 334 findet sich die Unterscheidung zwischen absoluter (abstrakter) und relativer (konkreter) Unmöglichkeit.

Diese Unterscheidung ist nicht zu verwechseln mit derjenigen zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit. Denn die absolute Unmöglichkeit ist regelmäßig auch immer eine objektive, aber sie ist es, da der Unmöglichkeitsbegriff im Sinne der Rechtsordnung sich nicht mit dem logischen deckt, nicht allein (vgl. hierzu v. Staudinger II, Vorbem. zu den §§ 275—282, I. 2. S. 126 ff.).

Eine Leistung ist nämlich schon dann objektiv unmöglich, wenn niemand sie mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung bewirken kann; daraus ist aber noch nicht zu folgern, daß der Schuldner oder ein Dritter sie auch nicht mit außergewöhnlicher Kraftanstrengung bewirken könnte, daß sie also auch abstrakt (absolut) unmöglich ist.

[4]) Mommsen S. 5; Ude S. 246

[5]) v. Savigny I u. II. S. 384.

[6]) Mommsen a. a. O.; Ude a. a. O. S. 246; S. 366

[7]) Bedenken gegen die Berechtigung einer Unterscheidung zwischen „Unmöglichkeit" und „Unvermögen" finden sich bei: Ubbe-

gegangen, nur daß dieses die „objektive Unmöglichkeit“ mit „Unmöglichkeit“ schlechthin, die „subjektive Unmöglichkeit“ mit „Unvermögen des Schuldners zur Leistung [1])[2]) bezeichnet.

Eine nähere Erklärung dieser Begriffe findet sich nicht im BGB. Aus der Wahl der Ausdrücke folgt nur soviel, daß bei dem Begriffe „Unvermögen des Schuldners zur Leistung“ die Person des Schuldners von besonderer Bedeutung ist, da nur bei diesem Begriffe, nicht auch bei dem der „Unmöglichkeit“ die Beziehung des Mangels zum Schuldner ausdrücklich hervorgehoben wird.[3])

Die Motive[4]) enthalten über diese beiden Begriffe nur die Angabe: „Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit . . . Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber. Ein solches liegt dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, die Erfüllung zu bewirken.“ Kleineidam[5]) führt den Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit direkt auf das gemeine Recht zurück. Er stellt die difficultas der impossibilitas gegenüber und geht hierbei auf l. 137 §§ 4, 5 D. de verb. oblig. 45, 1[6]) als gesetzliche Grundlage zurück.

---

lohde S. 120 ff; Biermann S. 75; Titze S. 70 ff.; dagegen für die Berechtigung einer derartigen Unterscheidung: Kleineidam S. 4 ff.; derselbe in Jherings Jahrb. S. 122 ff.; Schöller bei Gruchot S. 531, 532; Kisch S. 10.

[1]) Vgl. § 275 Abs. 2 BGB.

[2]) Praktische Bedeutung kommt diesem Unterschiede aber nur zu für die sog. anfängliche Unmöglichkeit; denn das nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende „Unvermögen“ wird in § 275 Abs. 2 ausdrücklich der nach Entstehung eintretenden „Unmöglichkeit“ gleichgestellt (vgl. v. Staudinger II, Vorbem. zu den §§ 275—282, I. 2 S. 126).

[3]) Kleineidam § 2 S. 3.

[4]) Bd. II, S. 44 u. 45.

[5]) a. a. O. S. 3 ff.

[6]) Venuleius libro 1 stipulationum:

§ 4. Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem?

Nach Venuleius liegt difficultas schon dann vor, wenn irgend ein Dritter (alio) die in Rede stehende Leistung bewirken kann, es ist nicht notwendig, daß jeder Dritte dazu imstande ist. Nach Kleineidam soll diese difficultas gleichbedeutend sein mit „subjektiver Unmöglichkeit". Dies ist jedoch unrichtig. Denn daß man derartige Diffikultäten von subjektiver Unmöglichkeit scharf unterscheiden muß, ergibt sich daraus, daß die Obligation auch in dem Falle rechtsbeständig begründet wird, wenn der Stipulant das Vorhandensein besagter Diffikultäten kannte, während er keinen Anspruch hat, wenn er die Unmöglichkeit, die in der Person des Schuldners liegt, beim Vertragsschlusse kannte, wenn er z. B. wissentlich jemanden, der kein französisches Wort versteht, als Lehrer dieser Sprache engagiert[1]). Es ist eben wohl zu unterscheiden, ob eine Leistung für jemand gänzlich unmöglich ist oder ob ihre Erbringung für ihn nur mit großen Schwierigkeiten verbunden ist.

Kleineidam[2]) hält jedoch mit Recht Dernburg entgegen, daß die in der Person des Gläubigers liegenden Erfüllungshindernisse gleichzustellen seien mit den in der Person des Schuldners liegenden, daß die subjektive Unmöglichkeit also nicht nur die in der Person des Schuldners, sondern auch die in der Person des Gläubigers liegende sei. Denn die Person des Gläubigers ist für die Erfüllung der Leistungs-

sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi: est autem facultas personae commodum incommodumque non rerum, quae promittuntur. Et alioquin, si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus? aut si non multum referre videatur Ephesi daturum se, an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat; nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. § 5. Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non po ssit cum alio possibile est, iure factam obligationem Sabinus scribit.

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. II, § 16 I, S. 45 Anm. 6.

[2]) a. a. O. S. 7.

pflicht unter Umständen von derselben Bedeutung wie die Person des Schuldners. Es darf nämlich niemals an einen beliebigen Dritten, sondern immer nur an den durch das konkrete Schuldverhältnis legitimierten Leistungsempfänger geleistet werden; kann aber an die Person dieses Berechtigten aus dem Grunde nicht geleistet werden, weil sie durch ihr Verhalten, sei es im Können oder Wollen, ein Nichterfüllenkönnen der Leistung herbeiführt, so kann diese überhaupt nicht in der obligationsmäßigen Weise herbeigeführt werden, auch nicht von einem anderen als dem Schuldner und nicht an einen anderen als den Gläubiger. Es liegt mithin objektive Unmöglichkeit der Leistung vor.

Schöller[1]) hebt den Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit in folgender Weise hervor:

„Bloßes Unvermögen oder subjektive, im Gegensatze zur objektiven Unmöglichkeit liegt vor, wenn die geschuldete Leistung zwar nicht durch den Schuldner, wohl aber durch einen Dritten bewirkt werden kann . . . Es genügt, daß ein beliebiger Dritter die Leistung bewirken kann, es ist nicht nötig, daß jeder Dritte außer dem Schuldner hierzu vermögend ist. Offenbar ist nun die Tatsache, daß ein Dritter leisten kann, an und für sich für den Schuldner der Leistung ganz unerheblich. Dem Schuldner ist die Leistung darum nicht weniger unmöglich, weil sie einem Dritten möglich sein würde, wenn er Schuldner wäre. Nur der Unterschied besteht gegenüber der objektiven Unmöglichkeit, daß beim Unvermögen stets die abstrakte Möglichkeit vorliegt, daß dasselbe im Laufe der Zeit einmal gehoben werden könnte, während bei der objektiven Unmöglichkeit diese abstrakte Denkbarkeit der späteren Hebung des Hindernisses nicht immer vorhanden ist.“

Zusammenfassend ergeben sich folgende Definitionen: Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn weder der Schuldner, noch ein Dritter die Leistung mit obligationsmäßiger Kraftanstrengung erbringen kann. Die Un-

[1]) Bei Gruchot S. 531.

möglichkeit hat regelmäßig ihren Grund in dem Gegenstande der Leistung an sich. Nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn der Schuldner die Leistung in Person zu erbringen hat,[1]) können auch seine persönlichen Verhältnisse Unmöglichkeit herbeiführen.

Unvermögen des Schuldners zur Leistung liegt vor, wenn die dem Inhalte des Schuldverhältnisses entsprechende Leistung zwar von einem anderen, nicht aber von dem kraft des Schuldverhältnisses allein zur Leistung verpflichteten Schuldner erbracht werden kann.

Eine besondere Streitfrage besteht darüber, ob der Mangel an Zahlungsmitteln bei Geldschulden als Unvermögen zu behandeln ist. Dernburg[2]) verneint dies kurzerhand unter Berufung auf eine Stelle in den Motiven.[3]) Kleineidam[4]) dagegen bejaht die Frage; nach seiner Ansicht kann der Mangel an Zahlungsmitteln Unvermögen begründen.

Richtig dürfte die Ansicht Dernburg's sein, der sich auch Planck[5]) und v. Staudinger[6]) anschließen. Geld ist ein allgemeines, staatlich anerkanntes Zahlungsmittel und kann als Gattung solange nicht untergehen, als eine Geldwirtschaft überhaupt bestehen wird.[7]) Titze[8]) und v. Staudinger[9]) gehen sogar soweit, daß sie allgemein den Satz aufstellen, daß der Schuldner sich niemals auf unverschul-Zahlungsunfähigkeit berufen könne.

---

[1]) Dies ist immer der Fall, wenn die in Frage kommende Leistungspflicht sich auf ein Unterlassen bezieht, vgl. die Ausführungen bei Kleineidam S. 12, Schollmeyer S. 96.

[2]) Vgl. Bürgerl. Recht Bd. II S. 129: „Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln wird vom Rechte nicht als subjektive Unmöglichkeit — Unvermögen — behandelt."

[3]) Bd. II, S. 45.

[4]) a. a. O. S. 18.

[5]) Vgl. Anm. 2 zu § 279.

[6]) Vgl. Bemerk. 3 zu § 279, S. 159 u. 160.

[7]) Kisch S. 109; vgl. auch RG. Bd. 7, 127.

[8]) a. a. O. S. 94.

[9]) a. a. O.

§ 3. Ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit.

Eine weitere, wegen ihrer praktischen Tragweite überaus wichtige Unterscheidung ist die zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung.

Ursprüngliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Umstand, welcher die Leistung unmöglich macht, bereits bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden ist[1]).

Nachfolgende Unmöglichkeit ist gegeben, wenn die Leistung „infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes“[2]) unmöglich wird[3]).

Das entscheidende Kriterium, welches demnach dem oben beregten Unterschiede zugrunde liegt, ist ein zeitliches, und zwar ist der Zeitpunkt, der hier in Frage steht, der der Entstehung des Schuldverhältnisses[4]).

Der Zeitpunkt, in dem ein Schuldverhältnis als entstanden anzusehen ist, ist unter Berücksichtigung der im Einzelfall hierfür in Betracht kommenden besonderen gesetzlichen Vorschriften, z. B. §§ 130, 145 ff., 152, 154 BGB. zu bestimmen. So wird, wie auch Kisch[5]) betont, ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag im Falle nicht gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erst mit der Beurkundung der Annahme wirksam (§ 152 BGB.) Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande[6]). (§ 156.)

Zweifelhaft kann sein, in welchem Zeitpunkt ein Vertrag als entstanden anzusehen ist, wenn derselbe unter einer

[1]) Die gleiche Begriffsbestimmung der ursprünglichen Unmöglichkeit findet sich bei: Kleineidam S. 29 ff.; ders. Jahrb. S. 114 ff.; Crome § 145, 1; anders Titze S. 52 u. 53.

[2]) Vgl. § 275, Abs. 1 BGB.

[3]) Vgl. Kisch § 4, S. 25 ff.; Kleineidam § 13, S. 85 ff.; Crome § 145, 1; v. Staudinger § 275, II 6 S. 146; Cosack § 98, II.

[4]) Vgl. Titze S. 52.

[5]) a. a. O. S. 25 u. 26.

[6]) Damit wird eine alte Streitfrage des bisherigen Rechtes entschieden, vgl. hierzu Heilfron I, § 46, Anm. 4, S. 603 u. 604; Dernburg, Pand. II, § 11, S. 32, Anm. 18.

einer aufschiebenden Bedingung eingegangen ist [1]). Bei einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft tritt nämlich gemäß § 158 Abs. 1 BGB. die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit dem Eintritte der Bedingung ein; erst mit diesem Augenblicke ist das Schuldverhältnis gemäß § 341 als entstanden anzusehen, da erst von jetzt ab der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Tritt nun in diesem Falle in der Zwischenzeit zwischen Vertragsabschluß und Eintritt der Bedingung Unmöglichkeit der Leistung ein, so fragt es sich, ob diese Unmöglichkeit eine ursprüngliche ist, weil sie vor Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist, oder eine nachträgliche, weil sie nach Abschluß des Vertrags entstanden ist.

Schollmeyer [2]) und Rehbein [3]) vertreten die Ansicht, daß in diesem Falle ursprüngliche Unmöglichkeit gegeben sei. Beide geraten jedoch mit ihrer Behauptung an anderen Stellen in Widerspruch [4]).

Kleineidam [5]) steht auf einem zweifelnden Standpunkt. Er ist der Ansicht, daß ein Fall der nachfolgenden Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes nicht vorliege, da ein auf eine aufschiebend bedingte Leistung gerichtetes Schuldverhältnis im Augenblicke der Vornahme des Rechtsgeschäfts noch nicht entstanden sei, sondern erst mit dem Eintritte der Bedingung seine volle Wirksamkeit entfalte.

[1]) Dieselben Zweifel ergeben sich hinsichtlich eines aufschiebend befristeten Schuldverhältnisses, vgl. Kleineidam S. 30, 31, 87 ff; Kisch S. 27; a. M. Titze S. 54, Anm. 4, S. 217, 218.

[2]) Vgl. § 275, S. 98, 2 „Ist eine Suspensivbedingung hinzugefügt und wird die Leistung nachher, aber vor Eintritt der Bedingung unmöglich, so liegt ursprüngliche Unmöglichkeit vor, vgl. auch § 269, S. 81, 2.

[3]) Bd. II, S. 109 und 110, Z. 96. Nachfolgende Unmöglichkeit liegt nach Rehbein nur bei der entstandenen (unbedingten, unbetagten) Leistungspflicht vor.

[4]) Vgl. Schollmeyer § 308, S. 159, 2; § 281, 2; S. 112; Rehbein Bd. I, S. 235, II, 2 a; auf diesen Widerspruch weisen auch Titze S. 54, A. 4, Kisch S. 30, A. 7, Kleineidam S. 88, Anm. 21 hin.

[5]) A. a. O. S. 87 ff.

„Eine bedingte Schuld sei noch keine Schuld", bemerkten die Motive [1]). Aber auch ursprüngliche Unmöglichkeit sei in diesem Falle nicht gegeben. Denn die Bestimmungen des BGB., welche die ursprünglichen Erfüllungshindernisse behandeln, fänden keine Anwendung, da bei ihnen der für die Beurteilung des Vorliegens eines solchen Hindernisses allein maßgebende Zeitpunkt der des Abschlusses des Vertrags sei ohne Rücksicht darauf, ob zu diesem Zeitpunkt bereits ein auf die in Betracht kommende Leistung gerichtetes Schuldverhältnis bestehe oder nicht. Kleineidam verneint somit das Vorliegen sowohl von ursprünglicher als auch von nachfolgender Unmöglichkeit. Er führt dies darauf zurück, daß das Gesetz hier eine Lücke enthalte, die nur im Wege der Analogie, und zwar nach den Grundsätzen der nachfolgenden Unmöglichkeit, ausgefüllt werden könne.

Demgegenüber nimmt die Mehrzahl der Schriftsteller [2]) in diesem Falle das Vorliegen von nachfolgender Unmöglichkeit an. Nur diese Ansicht führt zu einem befriedigenden Ergebnis.

Dies ergibt sich zunächst aus einer näheren Betrachtung der §§ 306ff.

Nach § 306 ist der auf eine unmögliche Leistung „gerichtete" Vertrag nichtig. Wenn nun die Leistung erst nach dem Abschlusse des Vertrags unmöglich wird, so kann man nicht sagen, der Vertrag sei auf eine unmögliche Leistung „gerichtet" gewesen. Ferner würde, wenn der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung entscheidend wäre für die Frage, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit gegeben ist, durch § 308 Abs. 2 nur zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Vertrag, welcher auf eine von Anfang an mögliche Leistung gerichtet ist, gültig ist; dies ist aber selbstverständlich, es ergibt sich schon per argumentum e contrario aus § 306. Im Gegenteil hat der § 308 Abs. 2 nur dann Bedeutung, wenn er auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet ist. Dies ergibt sich schon aus seiner

[1]) Bd. I, S. 255.

[2]) Endemann S. 693—694; Ennecerus S. 467; Oertmann S. 128; Kisch S. 27ff.; Planck, Bem. zu § 275, 2 S. 70 u. 71; v. Staudinger, Bem. 1a, β zu § 306; Titze S. 54.

Stellung im Gesetze unter den Bestimmungen über die ursprüngliche Unmöglichkeit und wird auch von fast allen Schriftstellern[1]) anerkannt.

Sodann aber würde die gegenteilige Auffassung zu einem unhaltbaren Resultat führen. Dies wird am deutlichsten veranschaulicht durch das von Oertmann[2]) gebotene Beispiel, dass jemand einem anderen einen Gegenstand (z. B. eine seltene Münze) verspricht unter irgend einer aufschiebenden Bedingung (z. B. Bestehen der Staatsprüfung), der Gegenstand ihm aber nach dem Vertragsschluß, jedoch vor Eintritt der Bedingung zufällig abhanden kommt, z. B. ohne sein Verschulden in den Besitz und das Eigentum eines Dritten gelangt, der ihn nicht herausgeben will. Nimmt man in diesem Falle an, daß der Gegenstand an sich noch vorhanden ist, dass also nur Unvermögen des Schuldners zur Leistung eingetreten ist, so würde der Schuldner bei Annahme ursprünglicher Unmöglichkeit gemäß § 306 auf das volle positive Vertragsinteresse haften, während er, wie Oertmann mit Recht hervorhebt, bei unbedingtem Versprechen nach § 275 haftfrei wäre; ein Ergebnis, das doch offenbar widersinnig ist.[3])

Endlich ist noch zur Unterstützung unserer Ansicht auf folgendes zu verweisen: Wenn auch ein unter aufschiebender Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft mit dem Abschlusse des Vertrags noch nicht voll wirksam wird, so datiert doch schon, wie auch Titze[4]) betont, von der Errichtung des auf seine Hervorbringung abzielenden Vertrags die rechtliche Gebundenheit des Schuldners, das Rechtsgeschäft ist schon von diesem Augenblick an in gewissem Sinne rechtlich vorhanden, wenn auch in seiner Wirksamkeit noch vorläufig aufgeschoben. Dieses rechtliche Vorhandensein des Rechtsgeschäfts muß aber für die Ent-

---

[1]) Kleineidam S. 32; Titze S. 217; Kisch S. 29; v. Staudinger, Bem. 2 zu § 308. S. 216; Planck, Bem. 2 zu § 308.

[2]) a. a. O. S. 128.

[3]) Vgl. hierzu auch v. Staudinger II, S. 209 u. 210, Bem. 1a, β zu § 306.

[4]) S. 53 u. 54.

scheidung der Frage, ob ursprüngliche oder nachfolgende Unmöglichkeit gegeben ist, maßgebend sein, dergestalt, daß eine nach diesem Zeitpunkt eintretende Unmöglichkeit als nachfolgende anzusehen ist.

§ 4. Gänzliche und teilweise Unmöglichkeit.

Bei jeder Leistung aus einem Schuldverhältnisse wird vorausgesetzt, dass sie einen bestimmten Gegenstand zum Inhalte hat und dass dieser Gegenstand zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte geliefert wird.[1]) Kann nun eine Leistung nach allen drei Richtungen hin, nämlich weder in gegenständlicher noch in zeitlicher noch in örtlicher Beziehung nicht bewirkt werden. so liegt vollständige Unmöglichkeit vor. Es ist aber auch der Fall denkbar, daß eine Leistung nur in einzelnen der gedachten Beziehungen unmöglich wird. Der Schuldner kann z. B. nicht am 1. April, wohl aber am 1. Mai seine Verbindlichkeit erfüllen. Oder die versprochene Leistung kann zu der verabredeten Zeit, aber nicht an dem vereinbarten, sondern nur an einem anderen Orte bewirkt werden. Oder der Schuldner kann seine Leistung zwar am vereinbarten Orte und zur vereinbarten Zeit, aber nicht mit den Eigenschaften bewirken, die sie nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses haben soll. In jedem dieser Fälle ist die schuldnerische Leistung entweder nach ihrer zeitlichen oder örtlichen oder gegenständlichen Seite hin unmöglich. Es fragt sich nun, welchen Einfluss eine derartige nur in bestimmter Richtung bestehende Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht des Schuldners hat. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich danach, ob in diesen Fällen ein wesentliches oder nur unwesentliches Moment der schuldnerischen Leistung nicht bewirkt werden kann. Kann der Schuldner ein wesentliches Moment seiner Leistung nicht erfüllen, so liegt vollständige Unmöglichkeit vor, kann er dagegen nur ein unwesentliches Moment seiner

[1]) Vgl. hierzu Kleineidam S. 14, 24ff.; Titze S. 31ff.; Goldmann-Lilienthal S. 333, § 85.

Leistung nicht bewirken, so handelt es sich nur um teilweise Unmöglichkeit der Leistung[1]).

Welche dieser beiden Möglichkeiten im einzelnen Falle gegeben ist, hängt von dem Verhältnis ab, in dem die einzelnen Momente der Leistung zu deren Gesamtinhalt stehen.

Liegt Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit vor, so handelt es sich um den Fall der dauernden oder vorübergehenden Unmöglichkeit, auf den wir des näheren im folgenden Paragraphen eingehen werden.

Kann der Schuldner in örtlicher Beziehung seine Leistung nicht bewirken[2]), so richtet es sich nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses oder nach den Anschauungen des Verkehrs, ob die Leistung gerade an dem festgesetzten Orte erbracht werden mußte, um überhaupt noch als Leistung angesehen werden zu können oder nicht. Im ersteren Falle wird auch hier vollständige Unmöglichkeit anzunehmen sein, während im zweiten Falle teilweise Unmöglichkeit gegeben ist. So wird z. B., wenn die Errichtung eines Gebäudes für den Gläubiger nur an einem ganz bestimmten Platze Interesse hat, das Gebäude aber hier nicht errichtet werden kann, vollständige Unmöglichkeit vorliegen, auch wenn der Schuldner das Gebäude an einer anderen Stelle errichten kann. Anders liegt es, wenn es sich z. B. nur um Leistung einer Geld-

---

[1]) Dieselbe Ansicht, wie im Texte, nämlich daß die drei Momente: Gegenstand, Zeit und Ort bei der Betrachtung der teilweisen Unmöglichkeit zu berücksichtigen sind und daß es beim Fehlen eines dieser Momente darauf ankommt, ob dadurch ein wesentliches oder unwesentliches Moment der schuldnerischen — teilbaren oder unteilbaren — Leistung verwirklicht wird oder nicht, wird vertreten von: Kleineidam S. 24ff., 94ff.; Titze S. 31ff.; Goldmann-Lilienthal S. 333, § 85; Planck, Vorbem. zu den §§ 275—290, 2. S. 68! Crome § 145, S. 35ff. dagegen, ebenso Kisch S. 161ff. u. Cosack § 100, S. 338, § 85, S. 298, gehen bei der Entscheidung dieser Frage von dem Begriffe der teilbaren oder unteilbaren Leistung aus.

[2]) Vgl. hierzu Rehbein II. S. 115. Z. 100, Kisch S. 167ff.; Titze S. 42ff.; Goldmann-Lilienthal S. 33; Windscheid-Kipp II. § 282 S. 146, § 315, S. 272.

summe handelt. Hierbei wird es für den Gläubiger in der Regel ziemlich gleichgültig sein, ob er die Geldsumme am Orte A oder B erhält, durch den Wegfall des räumlichen Koeffizienten wird hier regelmäßig nur ein unwesentliches Moment der schuldnerischen Verbindlichkeit nicht erfüllt, es ist somit nur teilweise Unmöglichkeit anzunehmen.

Endlich kann noch der Fall eintreten, daß die gegenständliche Seite der schuldnerischen Leistung von der Unmöglichkeit getroffen wird. Auch hier bestimmt es sich lediglich nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses resp. nach der Verkehrsauffassung, ob durch das Nichtleistenkönnen des Schuldners in diesem Falle ein wesentliches oder nur ein unwesentliches Moment der Leistung nicht verwirklicht wird.

Es begründet jedoch in diesem Falle einen Unterschied, ob die quantitative Seite der schuldnerischen Verbindlichkeit oder die Qualität der geschuldeten Leistung von der Unmöglichkeit getroffen wird. Auch ist hier, wenn sich die Unmöglichkeit auf die quantitative Seite der Leistung bezieht, der Gegensatz zwischen juristisch teilbaren und unteilbaren Leistungen beachtenswert.

Wird nämlich die schuldnerische Verbindlichkeit in quantitativer Hinsicht nicht vollständig erfüllt und dadurch Unmöglichkeit verursacht, so liegt vollständige Unmöglichkeit vor, wenn die Leistung „nicht ohne Beeinträchtigung ihres Wesens in eine Mehrheit von kleineren, dem Ganzen gleichartigen Teilleistungen zerlegt werden kann[1])“, also im juristischen Sinne unteilbar[2]) ist; denn bei einer juristisch unteilbaren Leistung ist quantitativ teilweise Bewirkung der Leistung ausgeschlossen, sie ist vollständig unmöglich, auch

---

[1]) Vgl. Kisch S. 161.

[2]) Vgl. auch Windscheid-Kipp, II, § 253, 4 S. 14 ff.: „Teilbar im Sinne des Rechts ist die Leistung, welche unbeschadet ihres Wesens in Teile zerlegt werden kann, so daß jede Teilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist wie die Gesamtleistung und sich von der Gesamtleistung nur quantitativ unterscheidet; unteilbar ist diejenige Leistung, bei welcher eine solche Zerlegung nicht möglich ist.“

wenn sie natürlich (äußerlich) teilbar und ein Teil dieser natürlichen (äußerlichen) Leistung möglich ist[1]). Andererseits wird bei juristisch teilbaren Leistungen in der Regel auch die quantitative Unmöglichkeit nur eine teilweise Unmöglichkeit darstellen. Zu beachten ist hierbei aber vor allem, daß eine an sich teilbare Leistung durch Parteivereinbarung[2]) unter besonderen Umständen zu einer unteilbaren werden kann und umgekehrt. Entscheidend in dieser Hinsicht für die Frage, ob Teilbarkeit oder Unteilbarkeit im Rechtssinne gegeben ist, ist der einheitliche Zweck der Leistung, die nur in ihrer Vollendung bezw. Totalität für den Gläubiger von Bedeutung ist, wobei es auf die Willensbestimmung im einzelnen Falle ankommt[3]). Sind z. B. kraft eines Kaufvertrags vier Pferde verkauft worden, so wird zwar in der Regel der Tod eines dieser Pferde nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung begründen. Sind sie aber als zusammengehöriges Viergespann verkauft, so würde das Eingehen auch nur eines derselben die Leistung des Verkäufers gänzlich unmöglich machen[4]).

---

[1]) v. Staudinger, II. Vorbem. zu den §§ 275—282, I, 4, S. 130 bis 131; vgl. vor allem cod. civ. art. 1218: L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation, ne la rend pas susceptible l'exécution partielle.

[2]) Diese Vereinbarung braucht nicht immer ausdrücklich getroffen zu sein, sie kann sich schon aus dem Zwecke der Leistung ergeben; vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 21, S. 204.

[3]) Vgl. v. Staudinger, Vorb. zu den §§ 275—282, I, 4a, S. 131; ebenso Titze S. 43 ff.; Planck a. a. O. S. 68; Kleineidam S. 24 ff.; Kisch S. 163; anderer Ansicht Schöller, Bd. 45, S. 540 ff., der den Begriff der teilweisen Unmöglichkeit weiter faßt; für ihn kommt es nicht in Frage, ob die Leistung von Natur oder „nach der Absicht der Parteien oder nach dem Inhalte der Obligation oder nach der Verkehrsauffassung teilbar oder unteilbar ist (S. 540, 541); nach seiner Ansicht ist „unterschiedslos nur teilweise Unmöglichkeit vorhanden", wenn das, was geleistet werden kann, „tatsächlich einen Bestandteil desjenigen zusammengesetzten Leistungsinhalts welcher dem Schuldner vertragsmäßig obliegt, bildet" (S. 543); ebenso Kaplan S. 90 ff.; Ruppert S. 38; gegen Schöller: Endemann § 159a, Anm. 17; Haake S. 70 ff.

[4]) Titze S. 49.

Zu bemerken ist jedoch, daß, wenn nur ein im Verhältnis zur ganzen Leistung geringfügiger Teil derselben geliefert werden kann, die Unmöglichkeit in allen Fällen, also auch bei teilbaren Leistungen, eine vollständige ist, während umgekehrt nicht einmal teilweise Unmöglichkeit anzunehmen ist, wenn nur ein höchst unwesentlicher Teil der Leistung nicht erfolgt. Dies ist eine Folgerung aus dem vermutlichen Parteiwillen und aus dem im § 242 zum Ausdruck gebrachten Grundsatz von Treu und Glauben.[1])

Wird die Unmöglichkeit der Leistung dadurch herbeigeführt, daß die Leistung in qualitativer Hinsicht nicht vollständig erbracht werden kann, so kann der Gegensatz zwischen juristisch teilbaren und unteilbaren Leistungen für die Entscheidung der Frage, ob vollständige oder teilweise Unmöglichkeit gegeben ist, nicht in Betracht kommen; denn der Begriff der Teilbarkeit kann sich nur auf die Quantität beziehen. In diesem Falle kann demnach nur der allgemeine Gesichtspunkt maßgebend sein, ob trotz Fehlens der Qualität nach dem gesamten Inhalte des Schuldverhältnisses resp. der Verkehrsauffassung die Leistung überhaupt noch als vertragsmäßig gelten kann oder nicht. Zu erwähnen ist noch, daß nicht in allen Fällen, in denen nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses bzw. nach den Anschauungen des Verkehrs eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, der Gläubiger an der möglichen Teilleistung ein Interesse zu haben braucht. Teilweise Unmöglichkeit kann also selbst dann gegeben sein, wenn ein Interesse des Gläubigers an der Teilleistung nicht mehr besteht; dies folgt durch argumentum e contrario aus §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 2 S. 2[2]).

Für die Beantwortung der Frage, ob vollständige oder teilweise Unmöglichkeit vorliegt, wenn der Verkäufer das Eigentum nicht verschafft oder die Sache nicht übergibt

---

[1]) Vgl. auch §§ 320 Abs. 2, 459 Abs. 1 Satz 2, 542 Abs. 2 BGB., Kisch S. 167, Schöller Bd. 45, S. 546.

[2]) Vgl. die Ausführungen bei Kleineidam S. 111 u. Schollmeyer § 280, 4c; Crome § 145, A. 28; Titze S. 51 u. 52; Kisch S. 169.

oder nur eine mit einem Sachmangel behaftete Sache liefert,[1]) müssen folgende Gesichtspunkte maßgebend sein:

Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung stellen sich sowohl die Übergabe als auch die Eigentumsverschaffung als zwei wesentliche Momente der schuldnerischen Leistung dar. Kann also der Schuldner seinen Verpflichtungen in einer dieser Beziehungen nicht nachkommen, so ist vollständige, nicht blos teilweise Unmöglichkeit anzunehmen.[2])

Die Verkehrsauffassung muß jedoch in den Fällen zurücktreten, in denen der Parteiwille eine andere Entscheidung zuläßt. Denn wenn es dem Käufer nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses im wesentlichen nur darauf ankommt, daß ihm das Eigentum verschafft oder daß ihm die Sache übergeben wird, so ist nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung gegeben, wenn der Verkäufer auch nur eine dieser Leistungen bewirkt[3]). Kaum denkbar ist allerdings der Fall, daß der Käufer nicht ein wesentliches Gewicht auf die Übergabe legt. Nicht ausgeschlossen erscheint dagegen der Fall, daß der Käufer in erster Linie auf die Übergabe der Sache Wert legt, wenn auch die Rechtsverschaffung nicht in der vertragsmäßigen Weise bewirkt ist. So kann nur teilweise Unmöglichkeit gegeben sein, wenn der Verkäufer an der übergebenen Sache zwar nicht Eigentum, aber ein entsprechendes dingliches Recht verschafft. Entscheidend ist in einem solchen Falle der Inhalt des Vertrags. So wird nur teilweise Unmöglichkeit vorliegen, wenn der Käufer, der ein Grundstück lediglich aus dem Grunde

---

[1]) Auf diese Fälle hier einzugehen, dürfte im Hinblick auf unser zur Entscheidung stehendes Thema von Interesse sein.

[2]) Ebenso Endemann § 160 a, 2, S. 962 (insbes. Anm. 23 b), § 160 a, 5, S. 981; Titze S. 44 ff.; dagegen für die Annahme „teilweiser" Unmöglichkeit in jedem Falle: Schöller, Bd. 46, S. 7, 9; v. Staudinger, VIII A, 1 e, S. 540; Planck, Bem. zu § 440; Oertmann, Bem. 2 zu § 433; Windscheid-Kipp, S. 653.

[3]) Ebenso Dernburg, II, 2 § 167, S. 2, § 181, S. 42; Goldmann-Lilienthal S. 489 u. 490, § 133, 2; Schöller, Bd. 45, S. 545, Bd. 46 a. a. O.; Kisch S. 163, 165; v. Staudinger a. a. O.; Planck a. a. O.

kauft, um darauf ein Bauwerk errichten zu können, zwar nicht volles Eigentum, wohl aber ein Erbbaurecht erhält.

Ist es ferner dem Verkäufer unmöglich, entgegen §§ 434, 435 lastenfreies Eigentum an der übergebenen Sache zu verschaffen, so kann ebenfalls nur teilweise Unmöglichkeit gegeben sein[1]). Denn wenn man schon, wie oben erwähnt, in dem Falle von teilweiser Unmöglichkeit sprechen kann, wo der Verkäufer nur in einzelnen Beziehungen die Sache dem Willen des Käufers unterwirft, so wird man dazu um so eher berechtigt sein, wenn der Verkäufer die Herrschaft über die Sache grundsätzlich in allen Beziehungen gewährt und sie nur in einzelnen Beziehungen ausgeschlossen ist. Aber auch hier kann einer solchen Annahme der Inhalt des Vertrags entgegenstehen und demgemäß auch hier unter Umständen vollständige Unmöglichkeit vorliegen. So würde z. B. eine Belastung, die den Besitz des Käufers erheblich beeinträchtigt oder aus einem sonstigen Grunde den Wert der Sache erheblich verringert, vollständige Unmöglichkeit bewirken, wenn es dem Käufer nach dem Inhalte des Vertrags, insbesondere mit Rücksicht auf den vereinbarten hohen Kaufpreis oder auf den Zweck, dem die Sache nach dem Inhalte des Vertrags dienen soll, nach der Verkehrsauffassung nicht zuzumuten ist, am Vertrage seinerseits gebunden zu bleiben.

Liefert ferner der Verkäufer nur eine mit einem Sachmangel behaftete Leistung, so kann auch hierdurch, wenn der Mangel nicht zu beseitigen ist[2]), in gewissen Fällen Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt werden. Die Frage, ob aus der mangelhaften Leistung eine vollständige oder teilweise Unmöglichkeit erwächst, muß auch hier nach den oben dargelegten Grundsätzen, d. h. nach dem Inhalte des

[1]) Ebenso Neumann, Bem. zu § 440 S. 335; Titze S. 46; Protokolle S. 657, 658; Scherer, §§ 440, 441, S. 481; vgl. auch die Anm. 3 auf S. 33 Angeführten.

[2]) Über die hiermit zusammenhängende Frage, ob der Verkäufer berechtigt ist, nachträglich einen Mangel zu beseitigen oder auszubessern; vgl. v. Staudinger, Bem. VI zu § 462 u. die dort Zitierten.

konkreten Schuldverhältnisses entschieden werden. Teilweise Unmöglichkeit wird demnach vorliegen, wenn die verkaufte Sache nicht mit den zugesicherten Eigenschaften und nur mit einem Fehler der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art behaftet geliefert werden kann und die Mangelhaftigkeit sich nach dem Inhalte des Vertrags nicht als wesentlich darstellt.

§ 5. Dauernde und vorübergehende Unmöglichkeit.

Die Unterscheidung zwischen dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit betrifft die zeitlichen Beziehungen einer Leistung. Bildet der zeitliche Koeffizient ein wesentliches Moment der schuldnerischen Leistung, so stellt eine Unmöglichkeit der Leistung im Erfüllungszeitpunkt gemäß den oben dargelegten Grundsätzen ohne weiteres dauernde Unmöglichkeit dar und es ist damit auch der Begriff der vollständigen Unmöglichkeit schlechthin gegeben; andernfalls handelt es sich um vorübergehende Unmöglichkeit [1]).

Als dauernd (vollständig) unmöglich ist demnach eine Leistung immer dann anzusehen, wenn nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses der Leistungszeit eine so wesentliche Bedeutung innewohnt, daß eine Leistung zu einer anderen als der ausbedungenen Zeit überhaupt nicht mehr als Erfüllung im Sinne des Schuldverhältnisses betrachtet werden kann [2]). Daß dies der Fall ist, kann sich aus einer ausdrücklichen Parteivereinbarung ergeben, z. B. aus der Beifügung der kassatorischen Klausel oder daraus, daß das Geschäft ausdrücklich als Fixgeschäft bezeichnet wird; es kann aber auch aus den Umständen zu entnehmen sein, so, wenn eine „Fahrt zu einem bestimmten Feste“ begehrt wird,

[1]) Über das Verhältnis der vorübergehenden Unmöglichkeit zur „teilweisen in Ansehung der Zeit“, vgl. S. 38.

[2]) Vgl. hierzu Kisch S. 19 ff.; Kleineidam S. 95; Mot. II, S. 199; Planck, Vorb. zu §§ 275—290, S. 68; v. Staudinger, Vorb. zu §§ 275—282, I, 4 c, S. 131; Titze S. 33 u. 34; Rehbein S. 111 Ziff. 97; Neumann, § 275, S. 242; Crome, § 156 S. 112 Anm. 31; Endemann, § 159 a, S. 943, 944 Anm. 12; Oertmann, §§ 275—282, S. 82, 5; Schollmeyer, § 275 S. 97.

ein „Frack zum Examen“ geliehen wird [1]). Im Wesen derartiger Verträge liegt, daß mit der Innehaltung und Verabsäumung der getroffenen Erfüllungszeit das Geschäft stehen und fallen soll [2]). Eine Unmöglichkeit im Augenblicke der vertragsmäßigen Erfüllungszeit muß hier als dauernde (vollständige) schlechthin gelten, ohne daß es darauf ankommt, ob die Unmöglichkeit dauernd oder vielleicht nur ganz vorübergehend gegeben ist, so daß die Leistung zu einer späteren Zeit sehr wohl möglich sein würde. Auch begründet es hier keinen Unterschied, ob die Leistung nicht erfolgt, weil der Schuldner nicht leisten kann oder weil er nicht leisten will, da lediglich schon die Tatsache der Nichterfüllung dauernde (vollständige) Unmöglichkeit der Erfüllung begründet.

Anders liegt es, wenn die Erfüllungszeit kein essentiale negotii bildet. In diesem Falle wird regelmäßig nur durch dauernde Hindernisse dauernde (vollständige) Unmöglichkeit herbeigeführt. Erfolgt dagegen wegen eines vorübergehenden Hindernisses die Leistung nicht genau zur Erfüllungszeit, sondern erst in einem späteren Zeitpunkte, so wird sie doch immerhin für die Regel noch als Erfüllung gelten können, es liegt alsdann also regelmäßig nur vorübergehende Unmöglichkeit. Jedoch kann sich in diesem Falle auch unter Umständen durch vorübergehende Hindernisse dauernde (vollständige) Unmöglichkeit ergeben. Wo hier im einzelnen die Grenze zwischen dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit liegt, ergibt sich aus folgendem:

Unterbleibt die Leistung zur Erfüllungszeit infolge eines vorübergehenden Hindernisses, so wird man unter Berücksichtigung aller konkreten Verhältnisse nach dem Zwecke und Inhalt des Schuldverhältnisses entscheiden müssen, bis zu welchem Zeitpunkt die Leistung ohne Vereitelung ihres Zweckes, dem sie dient, noch erbracht werden kann [3]).

---

[1]) Vgl. auch Seufferts Arch. Bd. 57, S. 240 ff.

[2]) Vgl. R. G. Bd. 51, S. 347.

[3]) Vgl. hierzu Titze S. 35 ff.; v. Staudinger, Vorbem. zu §§ 275—282, S. 131; Kuhlenbeck (Von den Pandekten zum BGB.)

Regelmäßig wird man die Erfüllung auch nach der Fälligkeit während eines angemessenen, der besonderen Natur des konkreten Schuldverhältnisses entsprechenden Zeitraumes gestatten müssen. Wird innerhalb dieses Zeitraums das Hindernis beseitigt, so hat es sich nur um vorübergehende Unmöglichkeit gehandelt; andernfalls haben vorübergehende Hindernisse dauernde Unmöglichkeit hervorgerufen, auch der spätere Wegfall des Hindernisses bleibt hier ohne Wirkung auf das bereits erloschene Schuldverhältnis.

Bisher gingen wir von dem Falle aus, daß das Unterbleiben der Leistung zur Erfüllungszeit infolge eines zu dieser Zeit vorliegenden Hindernisses bereits feststand und im Hinblick hierauf erfolgte die Entscheidung. Andere Grundsätze müssen Platz greifen, wenn die Beurteilung zu einer Zeit erfolgt, in der es noch unbestimmt ist, ob die Leistung infolge eines bereits im Augenblicke der Beurteilung vorliegenden Hindernisses zur Erfüllungszeit unterbleiben wird oder nicht. Hier richtet sich die Entscheidung nach der Natur des vorliegenden Hindernisses. Die Unmöglickeit ist so lange eine dauernde, als sich nicht mit Rücksicht auf die Natur des vorliegenden Hindernisses aus allgemeinen Erfahrungsätzen oder aus den Umständen des Einzelfalles sichere Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das Hindernis entfallen wird und zwar rechtzeitig genug, damit durch die nachträgliche Leistung die Vertragszwecke noch erfüllt werden können [1]).

S. 72; ders. Jurist. Wchschr. S. 134ff.; Kisch S. 22ff.; Goldmann-Lilienthal § 85, S. 333; Dernburg II, § 60, III, 1. S. 129. Cosack § 98, S. 335; Crome § 145, S. 34; Endemann § 159a, S. 943, 944; ROHG. Bd. 4, S. 174; ROHG. Bd. 10, S. 294ff.

[1]) Kisch S. 24; vgl. auch Mommsen S. 291ff.; dauernde Unmöglichkeit liegt vor, wenn „der Zustand, welcher die Leistung hindert, ein solcher ist, daß ihm der Charakter der Kontinuität rechtlich zukommt“ (S. 292); in ähnlichem Sinne: Kleineidam S. 95ff.; Oertmann S. 82; Schöller Bd. 45, S. 538, Bd. 46, S. 1ff., Anm. 1; Dernburg, Preußisches Privatr. § 101, S. 249, 250; Goldmann-Lilienthal § 85, S. 333; Schollmeyer § 280, S. 107; Planck Bem. zu § 280, S. 81. Cretschmar, Bem. zu § 275, S. 84.

Welchen Einfluß hat es aber, wenn dauernde Unmöglichkeit nur scheinbar vorgelegen hat, wenn infolge eines unvorhergesehenen Ereignisses, vielleicht sogar vor Fälligkeit, die Leistung wieder möglich wird? In diesem Falle lebt das wegen der Unmöglichkeit bereits erloschene Schuldverhältnis nicht etwa ohne weiteres wieder auf, sondern bleibt erloschen. Dies entspricht durchaus der Billigkeit; denn die Parteien begründen ein Schuldverhältnis, um zu der Erfüllungszeit die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses zu erlangen. Hiernach treffen sie ihre Anordnungen. Wenn daher schon vor der Erfüllungszeit eine nach aller Voraussicht dauernde Unmöglichkeit eintritt, so muß den Parteien durch Befreiung von dem Schuldverhältnis die Möglichkeit gewährt werden, sich sogleich nach einer anderweitigen Leistung umzusehen[1]).

Verschiedene Schriftsteller[2]) bezeichnen die vorübergehende Unmöglichkeit als eine „teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit". Logisch ist gegen eine derartige Bezeichnung nichts einzuwenden[3]). Trotzdem empfehlen eine Anzahl von Schriftstellern[4]) diese Gleichstellung aus dem Grunde nicht, weil die praktische Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit eine andere sei als die der teilweisen. Dies trifft jedoch nur für den Fall zu, daß die vorübergehende Unmöglichkeit von dem Schuldner zu vertreten ist. Hier kommen die Vorschriften über den Verzug zur Anwendung. Im übrigen wird die vorübergehende Unmöglichkeit mit der teilweisen Unmöglichkeit in jeder Beziehung gleichbehandelt; es ist dennoch kein Grund ersichtlich, warum diese Gleichstellung nicht gerechtfertigt sein sollte[5])

[1]) Kisch S. 25; Kleineidam S. 97ff.

[2]) Kisch S. 22; Kleineidam S. 25; Mot. II, S. 60, 210; Planck § 284, 1, S. 89; § 286, 1, S. 97. u. a.

[3]) Kisch S. 22, III.

[4]) Kisch a. a. O.; Cosack § 98, 3a, S. 335; Schöller Bd. 46, S. 1ff.; Anm. 1; Rehbein S. 115, Z. 100; Crome § 145. S. 34.

[5]) Ebenso Titze S. 33ff.; Kleineidam S. 94ff.; Mot. II, S. 45 u. 56; Goldmann-Lilienthal S. 333, § 85, III, 4.

§ 6. Rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit.

Die Gründe, auf denen die Unmöglichkeit einer Leistung beruht, können tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Bereits im gemeinen Rechte[1]) bestand dieser Gegensatz zwischen rechtlicher und tatsächlicher Unmöglichkeit; auch in den Motiven[2]) findet sich diese Unterscheidung.

Tatsächlich unmöglich ist eine Leistung, wenn es nach den Naturgesetzen ausgeschlossen ist, sie zu bewirken, z. B. jemand verspricht die Lieferung einer bestimmten Sache, die gar nicht mehr existiert.

Rechtliche Unmöglichkeit ist dann gegeben, wenn die Gründe für die Unmöglichkeit von der Rechtsordnung gesetzt sind. Als Beispiele rechtlicher Unmöglichkeit sind zu erwähnen: Öffentlich rechtliches Erwerbsverbot z. B. Verbot des Erwerbs gewisser Grundstücke durch preußische Forstbeamte, Nichtgenehmigung des Erwerbs durch eine juristische Person im Falle des Art. 86, 88 EG., Ausfuhrverbot, Verträge über dem Verkehr entzogene Sachen[3]).

Bei der rechtlichen Unmöglichkeit herrscht unter den Schriftstellern ein lebhafter Streit darüber, ob sie auch die Fälle der rechtlich verbotenen und unsittlichen Leistung umfaßt. Einige[4]) vertreten die Ansicht, daß eine rechtswidrige oder unsittliche Leistung durchaus möglich sei, sie finden also in dem Bestehen des Verbots keine juristische Unmöglichkeit. Andere[5]) halten eine solche Leistung schlechthin als rechtlich unmöglich. Gehen wir von dem in § 1 dargelegten Begriff der Unmöglichkeit aus, so ergibt sich, daß eine verbotene oder unsittliche Leistung von einem

---

[1]) v. Savigny I, § 37, S. 383; Mommsen § 1, S. 3ff.

[2]) Bd. II, S. 176.

[3]) Weitere Beispiele siehe bei Titze S. 9.

[4]) Mommsen S. 4; Ude S. 257 u. 258; v. Savigny I, S. 383ff.; II, S. 285; Titze S. 13; Biermann S. 75ff.; Crome § 145, S. 34.

[5]) Schollmeyer, Vorb. zu §§ 275—283, S. 95; Oertmann, Vorb. zu §§ 275—283, S. 79; Goldmann-Lilienthal S. 333, § 85; Endemann § 124, S. 693.

Schuldverhältnisse losgelöst recht wohl möglich ist. Betrachten wir dagegen eine solche Leistung im Hinblick auf ein bestimmtes Schuldverhältnis, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß sie alsdann unmöglich ist. Denn da der Schuldner bei der Erfüllung des Schuldverhältnisses nur zu dem obligationsmäßigen Kraftaufwande verpflichtet ist, eine Leistung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder unsittlich ist, aber doch unzweifelhaft nicht mit dem obligationsmäßigen Kraftaufwande bewirkt werden kann, so ergibt sich, daß eine solche Leistung unmöglich ist.

§ 7. Zu vertretende und zufällige Unmöglichkeit.

Die Einteilung in die vom Schuldner zu vertretende[1]) und in die vom Schuldner nicht zu vertretende, sog. zufällige[2]) Unmöglichkeit ergibt sich, wenn man die Unmöglichkeit der Leistung im Hinblick auf die Rechtsfolgen betrachtet, die sie für den Gläubiger oder Schuldner mit sich bringt. Denn je nachdem der eine oder der andere Fall gegeben ist, vermag der Gläubiger den Schaden, den er durch das Unmöglichwerden der Leistung erleidet, auf den Schuldner abzuwälzen oder wird er gezwungen, ihn selbst zu tragen[3]).

Der Schuldner hat die Unmöglichkeit der Leistung einmal zu vertreten, wenn er sie durch sein Verschulden

[1]) Der vom BGB. übernommene farblose Ausdruck „vertreten" bedeutet nichts anderes als „haften für", „aufkommen" für etwas, d. h. also im Rahmen des bürgerlichen Rechtes, daß der Schuldner für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung dem Gläubiger das Interesse zu leisten hat. Vgl. v. Staudinger, Vorb. zu §§ 275—282, I, 6, S. 132.

[2]) Das Wort „zufällig" hat in diesem hier gebrauchten Sinne nicht dieselbe Bedeutung, die sonst dem Worte „Zufall" zukommt. Man spricht allgemein von „Zufall", wenn man zum Ausdruck bringen will, daß etwas nicht „verschuldet" ist. In dem hier gebrauchten Sinne ist die „zufällige Unmöglichkeit" im Gegensatz zur „zu vertretenden Unmöglichkeit" gestellt; „zufällig" bedeutet hier demnach, daß der Schuldner diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, daß er nicht dafür haftbar gemacht werden kann.

[3]) Vgl. Titze S. 74 u. 75.

herbeiführt (§§ 276 ff.). Aber auch ohne Verschulden kann in einigen Fällen vereinbarungsgemäß oder kraft Gesetzes die Vertretungspflicht begründet sein, man spricht in einem solchen Falle von „Haftung für Zufälle“ [1][2]).

Eine solche Zufallshaftung ist einmal dann gegeben, wenn der Schuldner die Garantie übernimmt, daß der Erfolg eintreten soll. Sodann ergibt sich eine solche unbedingte Verantwortlichkeit des Schuldners kraft Gesetzes aus dem § 279 und den §§ 433 ff.

a) Übernimmt der Schuldner die Garantie, schlechthin für den Erfolg einstehen zu wollen, so ist er für jeden Zufall, der die Leistung unmöglich macht, ja sogar für höhere Gewalt, haftbar.

b) Im § 279 geht das BGB. davon aus, daß der Schuldner bei Abschluß des Vertrages eine Garantie für seine Leistungsfähigkeit übernimmt[3]). Es gilt dies gemäß § 279 besonders für fungible Leistungen, insbesondere für Leistung von Gegenständen[4]), die nur der Gattung nach bestimmt sind. Hier hat der Schuldner auch unverschuldetes Unvermögen zu vertreten. Da ein bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes Unvermögen der Schuldner stets zu vertreten hat, so kann dem § 279 nur Bedeutung für das nachträglich eintretende Unvermögen zukommen[5]).

Von dem im § 275 Abs. 2 enthaltenen Grundsatz, daß der Schuldner für das nachträglich eingetretene Unvermögen nur haftet, wenn ihn ein Verschulden trifft, stellt § 279 mithin eine Ausnahme auf für den Fall, daß der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist. Hier soll

[1]) Dieser Ausdruck findet sich z. B. bei: Mathias § 83, B, S. 204; Goldmann-Lilienthal S. 319, § 84, II; Heilfron II, § 13, S. 124.

[2]) An dieser Stelle kommt dem Worte „Zufall“ die allgemeine Bedeutung bei; es wird also nicht als Gegensatz des „zu vertretenden“, sondern des „verschuldeten“ Umstandes angewendet.

[3]) Vgl. v. Staudinger, Vorb. zu §§ 275—282, S. 133.

[4]) Dasselbe ist für fungible Arbeitsleistungen anzunehmen. Vgl. Fischer a. a. O. S. 22.

[5]) v. Staudinger, Bem. zu § 279, S. 159.

der Schuldner nur durch eine ohne sein Verschulden eingetretene objektive Unmöglichkeit, wenn nämlich die Leistung aus der Gattung überhaupt ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist, befreit werden[1]).

Im einzelnen besteht über den Sinn dieser Vorschrift lebhafter Streit.

Nach der einen Ansicht[2]) soll der Schuldner bedingungslos für jedes Unvermögen bis zum Untergang der ganzen Gattung haften.

Nach der anderen, wohl als richtig zu bezeichnenden Ansicht[3]) ist hierbei jedoch die Relativität des Gattungsbegriffes zu beachten. Bei begrenzten Gattungen kann der Satz: genus perire non censetur keine Anwendung finden. So ist z. B. der Lieferungsvertrag über eine bestimmte Quantität Schmelzkoks der Zeche Daunenberg eine begrenzte Gattungsschuld. Bricht nun in diesem Kohlenrevier ein Arbeiterausstand aus und wird dadurch die Ausführung der Lieferung zeitweilig unmöglich, so ist nicht ein bloßes unverschuldetes Unvermögen zur (rechtzeitigen) Lieferung, sondern eine objektive Unmöglichkeit gegeben, welche den Schuldner auch nach § 279 befreit[4]). Denn bei der Gattungsschuld liegt gemäß den oben dargestellten Grundsätzen über den Begriff der Unmöglichkeit objektive Unmöglichkeit, nicht bloß Unvermögen, schon dann vor, wenn es zwar ungewiß ist, daß Gegenstände der fraglichen Gattung überhaupt nicht mehr existieren, jedenfalls aber die Beschaffung derselben mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, daß diese nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden müssen[5]).

---

[1]) v. Staudinger a. a. O. S. 159.

[2]) Vgl Ubbehohde S. 118 ff.; Biermann S. 99 ff.; Titze S. 92 ff.; Kleineidam S. 125; Cosack § 98, S. 334, II.

[3]) v. Staudinger a. a. O. S. 159.

[4]) Vgl. v. Staudinger a. a. O. S. 159.

[5]) Vgl. Planck, Bem. 1 zu § 279, S. 79; Titze S. 14 ff.; v. Staudinger a. a. O. S. 159.

c) Die §§ 433ff. enthalten Sondervorschriften über den Kauf und gewähren in doppelter Hinsicht eine Zufallshaftung des Verkäufers. Einmal ist in den §§ 459ff. die unbedingte Verantwortlichkeit des Verkäufers für Sachmängel ausgesprochen. Sodann entspricht es dem im § 433 statuierten Verschaffungsprinzip, daß der Verkäufer hinsichtlich der zur Zeit des Kaufabschlusses fehlenden Rechtsmängel die unbedingte Garantie für ihr Vorhandensein zur Zeit der Fälligkeit seiner Verpflichtung übernimmt; ob der Verkäufer aber auch ohne Rücksicht auf sein Verschulden nach dem Kaufabschlusse eingetretene Rechtsmängel zu vertreten hat, ist bestritten.

Das Vorliegen eines nicht zu beseitigenden Sachmangels kann unter bestimmten Voraussetzungen Unmöglichkeit bewirken. Diese Unmöglichkeit ist alsdann stets zu vertreten. Es ist hierbei insbesondere gleichgültig, ob die Unmöglichkeit durch Verschulden des Verkäufers eingetreten ist oder auf Zufall beruht. Jedoch entfällt diese grundsätzlich bestehende Garantiehaftung des Verkäufers für Sachmängel dann, wenn der Wert oder die Tauglichkeit der Sache durch den bestehenden Mangel nur unerheblich gemindert wird: minima non curat praetor; hierbei ist jedoch zu beachten, daß im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft auch eine unerhebliche Abweichung von der gegebenen Zusicherung in Betracht kommt, wie argumentum e contrario aus § 459 Abs. 1 S. 2 zu folgern ist. Wenn also A von B einen Regulator „9 Tage gehend“ kauft, braucht er keinen Regulator zu behalten, der nur $8^3/_4$ Tage geht.[1])

Ist die verkaufte Sache zur Zeit des Kaufabschlusses mit einem Rechtsmangel behaftet und ist der Verkäufer zur Beseitigung desselben außerstande, so entsteht auch hierdurch Unmöglichkeit der Leistung und zwar regelmäßig subjektive Unmöglichkeit.[2])

[1]) Vgl. Heilfron II, S. 440, Anm. 10.

[2]) Denn die Erfüllung, welche der Verkäufer hier nicht zu bewirken vermag, kann regelmäßig von dem Dritten, welchem das bezügliche Recht zusteht, erfolgen.

Diese Unmöglichkeit hat der Verkäufer stets zu vertreten ohne Rücksicht darauf, ob sie durch sein Verschulden oder durch Zufall entsteht. Denn zufolge des im § 433 statuierten Verschaffungsprinzips ist es dem Verkäufer, wenn er eine Sache oder ein Recht verkauft, die er zur Zeit des Vertragsschlusses zu gewähren außerstande ist, zur Pflicht gemacht, dafür einzustehen, daß er sie bei Fälligkeit seiner Verpflichtung wirklich gewähren kann; hierin liegt zugleich die Garantie vertragsgemäßer und rechtzeitiger Erfüllung.[1]) Diese unbedingte Haftung des Verkäufers kommt auch in den Motiven zum Ausdruck, wo es heißt:[2]) „Für die Rechtsverschaffung haftet der Verkäufer, wie in allen Fällen des obligatorischen Veräußerungsvertrages, nach den Grundsätzen, welche bezüglich des Einstehens des obligatorisch Verpflichteten für das (anfängliche) subjektive Unvermögen maßgebend sind, zufolge der im Vertrage begrifflich und unmittelbar liegenden Garantie zur Verschaffung des Rechts. Nach dem Verschaffungsprinzipe hat der Veräußerer gemäß den Grundsätzen über die Haftung des Schuldners für das anfängliche subjektive Unvermögen ohne Rücksicht auf ein Verschulden vollen Schadensersatz zu leisten; eine Beschränkung dieser Haftung wäre inkonsequent und prinzipwidrig."

Entsteht ein Rechtsmangel erst nach dem Kaufabschluß, so behaupten manche Schriftsteller[3]) unter Berufung auf das im § 433 zum Ausdruck gelangende Verschaffungsprinzip, daß der Verkäufer auch diesen ohne Rücksicht auf Verschulden grundsätzlich zu vertreten habe. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt.

---

[1]) Vgl. Schöller, Bd. 46, S. 4; Düringer-Hachenburg S. 68; v. Staudinger S. 568, Bem. zu § 440; Planck, Bem. 3 zu § 440, S. 341; teilweise anders Schloßmann S. 115 ff., 126 ff.

[2]) Bd. II, S. 216, 220.

[3]) Titze S. 265; Endemann § 160a, S. 977, 3; Schollmeyer (Einzeldarstellung) S. 10; Petri S. 49 ff; auch wohl Matthias § 105, S. 272.

Gemäß § 440 Abs. 1 steht dem Käufer für den Fall des Vorliegens eines nachträglich eintretenden Rechtsmangels die Anwendung der §§ 320—327 zu Gebote. Wenn nun tatsächlich das Gesetz dem Verkäufer die unbedingte Haftung für einen jeden nach Vertragsschluß eintretenden Rechtsmangel auferlegen wollte, so wäre doch der Anwendung des § 323 die Grundlage entzogen [1]), und dessen Heranziehung in den die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel ordnenden gesetzlichen Bestimmungen würde als ein unerklärliches Versehen des Gesetzgebers erscheinen, zumal der Gesetzgeber es in sonstigen Fällen bei dem Zurückgreifen auf andere Vorschriften nicht unterläßt, einzelne nicht passende Vorschriften in der Erwähnung auszulassen [2]).

Unsere Ansicht [3]) findet ferner eine Stütze in den dem BGB. zugrunde liegenden allgemeinen Prinzipien. Es ist kein hinreichender Grund dafür vorhanden, daß das dem Gesetze im allgemeinen zugrunde liegende Verschuldungsprinzip gerade im vorliegenden Falle außer Anwendung bleiben sollte, daß dem Verkäufer hier für die Erfüllung einer Vertragspflicht die objektive Erfolgsgewähr auferlegt würde.

---

[1]) Denn aus § 323 ergibt sich ja gerade, daß der Verkäufer unter Umständen einen Rechtsmangel nicht zu vertreten hat.

[2]) Vgl. z. B. §§ 163, 220, 443, 467 BGB.

[3]) Derselben Ansicht: Kisch S. 193, A. 2; Cosack § 125, III a, S. 418; Schöller Bd. 46, S. 5; v. Staudinger Bem. B 1, b zu § 440, S. 568; Planck Bem. 4a zu § 440, S. 342; Protokolle Bd. I, S. 656, 665 ff.; Oertmann Bem. 2 e β zu § 440.

III. Besonderer Teil.

A. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht.

§ 8. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht eines Schuldners im allgemeinen.

Die Verpflichtungen des Schuldners aus einem Schuldverhältnisse lassen sich ganz allgemein betrachtet einteilen in die „Erfüllungspflicht“ des Schuldners und in die „Gewährleistungspflicht“ des Schuldners.

Die Erfüllungspflicht des Schuldners besteht nach § 362 in der Bewirkung der geschuldeten Leistung, sie ist die Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger die Leistung zu erbringen, die dieser nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnisse vom Schuldner zu fordern berechtigt ist.

Die Gewährleistungspflicht des Schuldners ist die Verpflichtung, für die Güte oder andere Eigenschaften der gelieferten Sache einzustehen.

Diese ganz allgemein für alle Schuldverhältnisse gegebene Definition der Begriffe „Erfüllungspflicht“ und „Gewährleistungspflicht“ wird im Gesetze besonders spezialisiert, wenn es sich um ein einzelnes Schuldverhältnis, wie z. B. im folgenden um den Kauf, handelt.

§ 9. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht des Verkäufers im Verhältnis zu einander.

Die Leistungen, die der Verkäufer zu erbringen hat, damit er der ihm durch den Kaufvertrag auferlegten Erfüllungspflicht genügt, werden des näheren durch die §§ 433, 434 bestimmt.

Nach § 433 ist der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen.

Durch die Übergabe ist dem Käufer der unmittelbare Besitz über den Kaufgegenstand zu verschaffen. Hierzu genügt bloßes Aufgeben der Sache nicht. Vielmehr ist Übergabe der zweiseitige Rechtsakt der Besitzübertragung[1] [2]). Mit der Übergabe geht gemäß § 446 die Gefahr auf den Käufer über, von diesem Zeitpunkte an gebühren ihm die Nutzungen der Sache; demgemäß muß die Sache durch die Übergabe derartig in den Besitz des Käufers gelangen, daß er imstande ist, die Sache vor den sie bedrohenden Gefahren zu beschützen und die Nutzungen der Sache zu ziehen. Daher genügt zwar die brevi manu traditio (§ 929) zur Übergabe, nicht aber das constitutum possessorium (§ 930) uud die Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931). Mit dieser Ersatzübergabe braucht sich der Käufer nicht zu begnügen[3]); die Übergabe gilt in diesen Fällen nur dann als erfolgt, wenn sich der Käufer ausdrücklich damit einverstanden erklärt[4]).

Der Verkäufer hat die „verkaufte" Sache zu übergeben. Kann er diese nicht übergeben, sondern nur eine andere leisten, so hat er nicht erfüllt. Die Frage jedoch, ob ein aliud vorliegt oder ob die gelieferte Sache nur mit Mängeln behaftet ist, läßt sich oft, insbesondere beim Gattungskauf,

[1]) Vgl. Düringer-Hachenburg S. 19.

[2]) Von der Übergabe ist die bloße Ablieferung zu unterscheiden. Letztere verschafft dem Käufer lediglich diejenige tatsächliche räumliche Beziehung zur Sache, die vereinbart ist. Der Übergabe entspricht auf Seite des Käufers die Annahme, der Ablieferung die Abnahme. Vgl. Düringer-Hachenburg S. 19; v. Staudinger S. 539, Bem. VIII, A. 1a zu § 433.

[3]) Vgl. hierzu insbesondere Staub, Exkurs vor § 373, Anm. 56.

[4]) Vgl. auch zum Begriffe der Übergabe: Matthias § 105, S. 269 ff.; Titze S. 256 ff.; Dernburg II, 2, § 174, III, S. 26; Cosack § 122, 6, S. 400; Goldmann-Lilienthal S. 475, § 130, 1, A. 1; Oertmann § 433, 2aα, S. 323; Martinius S. 54 ff. Scherer § 433, 4, S. 455.

nur schwer entscheiden [1]). Maßgebend wird vor allem der Umstand sein, ob der Mangel so wesentlich ist, daß nach der Auffassung des Verkehrs der Name und der Begriff der verkauften Sache garnicht mehr auf sie Anwendung finden kann.

So liegt beim Gattungskauf, wo bei Vertragsschluß von den Parteien noch keine individuell bestimmte Sache ins Auge gefaßt wird, Leistung eines aliud dann vor, wenn die zur Erfüllung angebotene Sache derart beschaffen ist, daß sie der Gattung, aus welcher die Leistung nach dem Inhalte des Vertrags erbracht werden soll, nicht mehr zugerechnet werden kann.

Außerdem muß der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache verschaffen. Der Verkäufer ist also verpflichtet, diejenigen rechtlichen Schritte zu tun, Erklärungen abzugeben und Handlungen vorzunehmen, welche zum Eigentumserwerbe des Käufers erforderlich sind (Verschaffungsprinzip.[2])

Diese Verschaffungspflicht stellt sich demnach als Erfüllungspflicht des Verkäufers dar.[3]) Der Verkäufer muß bei beweglichen Sachen zum Abschluß des dinglichen Vertrags, bei Grundstücken zur Auflassung und Eintragung mitwirken. Jedoch ist es nicht unbedingt erforderlich, daß der Verkäufer gerade Eigentümer der verkauften Sache gewesen ist, er ist nicht schlechthin zur Übertragung des Eigentums verpflichtet. Während nämlich nach römischem Rechte infolge des Satzes: nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet,[4]) das Recht des Dritten durch eine Verfügung

[1]) Vgl. Endemann § 160, A. 21, S. 961.

[2]) Im Gegensatz zum römischen Rechte, wo es dem Verkäufer nur oblag, dem Käufer das habere licere (den ungestörten Genuß des Kaufgegenstandes) zu gewähren.

[3]) Gleicher Ansicht: Planck, Bem. 6a zu § 433; Siber, Rechtszwang S. 164 ff.; ders. Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 235; v. Staudinger, Bem. VIII, 1b zu § 433, S. 539; Titze S. 44 ff.; a. M. Schloßmann S. 97 ff., der hierin nur einen ungenauen Ausdruck der Verpflichtung zur Gewährleistung erblickt; vgl. hierzu auch Hohenstein S. 76 ff.; Eccius Bd. 50, S. 494.

[4]) l. 54 D. de div., reg. iuris 50, 17.

des unberechtigten Verkäufers nie beeinträchtigt werden konnte, wird der Käufer nach BGB. Eigentümer der Sache gemäß §§ 892, 932, wenn er die Sache im guten Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers und an die Nichtbelastung mit dem Rechte eines Dritten erwirbt.

Der Verkäufer muß ferner dem Käufer grundsätzlich lastenfreies Eigentum verschaffen. Nach § 434 ist nämlich der Verkäufer verpflichtet, den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Unter diesem Gesichtspunkte kommen nicht nur die dinglichen Rechte in Betracht, so z. B. Hypotheken, Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, Pfandrecht, sondern auch persönliche Rechte, wie z. B. Miet- und Pachtrechte[1]).

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers ergibt sich aus § 459. Danach hat der Verkäufer die verkaufte Sache in ordnungmäßigem, dem Vertrage entsprechendem Zustande zu übergeben. Er haftet gemäß § 459 dem Käufer dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, wobei jedoch eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommt, und daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.

Die Erfüllungspflicht und die Gewährleistungspflicht des Verkäufers sind also nach dem Gesagten streng auseinanderzuhalten. Zwar beruhen beide auf dem Kaufvertrage, so daß beide entfallen, wenn der Kaufvertrag von vornherein nichtig ist, beide aber gleichzeitig mit dem Vertragsschluß entstehen[2]), wenn er gültig ist.

---

[1]) Gleicher Ansicht: Matthiaß § 105, II B, S. 271; Neumann Bem. zu § 434, S. 332; v. Staudinger Bem. 2 b zu § 434, S. 552; Dernburg II, 2 S. 40, § 180, II, 2; Planck Bem. zu § 434, S. 336; Crome § 218, 1 a; Emerich S. 48.

[2]) Jedoch ist dies hinsichtlich der Gewährleistungspflicht bestritten, vgl. hierüber unten S. 69 ff.

Trotz dieser Ähnlichkeiten sind aber beide Begriffe ganz verschieden. Die Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken. Die Gewährleistungspflicht ist, allgemein gefaßt, die Verpflichtung, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein von zugesicherten Eigenschaften einzustehen. Auf Bewirkung der Erfüllungspflicht kann geklagt werden, dagegen ist eine Klage auf Erfüllung der Gewährleistungspflicht nicht anerkannt. Aus dem Vorhandensein der Gewährleistungspflicht kann nicht auf das Vorhandensein der gleichen Erfüllungspflicht geschlossen werden. Der Erfüllungspflicht kann genügt sein, auch wenn möglicherweise die Erfüllung der Gewährleistungspflicht noch aussteht. Denn auf Grund der Erfüllungspflicht kann Lieferung des geschuldeten Gegenstandes verlangt werden, auf Grund der Gewährleistungspflicht kann der Verkäufer auf Beseitigung der vorhandenen Fehler und auf Verschaffung der zugesicherten Eigenschaften hinsichtlich der bereits gelieferten geschuldeten Sache in Anspruch genommen werden. Die Gewährleistungspflicht tritt zu der Erfüllungspflicht als besondere selbständige Verpflichtung hinzu [1]).

B. Verhältnis der Unmöglichkeit der Leistung und der Mangelhaftigkeit der Kaufsache zueinander.

§ 10. Allgemeines.

Allgemeine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung neben den besonderen Vorschriften des Kaufrechts.

Zwei Verpflichtungen des Verkäufers, nämlich seine Erfüllungspflicht und seine Gewährleistungspflicht, haben nach der obigen Ausführung ihre Grundlage in dem Kaufvertrage.

[1]) Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 93 u. 94.

Es erhebt sich nun die Frage, ob der Verkäufer auch dann den ihm durch den Kaufvertrag auferlegten Vertragspflichten genügt, wenn er diesen beiden Verpflichtungen nicht nachkommen kann, mit anderen Worten, ob Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Vertragspflichten gegeben ist, wenn der Verkäufer eine mit einem Rechtsmangel oder Sachmangel behaftete Kaufsache liefert. Auf die Erörterung dieser Frage in der vorliegenden Arbeit einzugehen, ist aus dem Grunde von der höchsten Wichtigkeit, weil sie den Ausgangspunkt bildet für die Entscheidung der Frage, inwieweit die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung eines Schuldverhältnisses, insbesondere die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung, bei der Leistung einer mit einem Rechtsmangel oder Sachmangel behafteten Sache Anwendung finden können. Denn da die Unmöglichkeit als Tatbestandsmerkmal die Nichterfüllung der geschuldeten Leistung in sich schließt, kommt die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit neben den für den Kauf gegebenen Sondervorschriften nur dann in Frage, wenn sich die mit einem Rechtsmangel oder mit einem Sachmangel behaftete Leistung als Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Leistung darstellt.

Rechtsmängel und Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Verhältnis zueinander.

§ 11. Die mit einem Rechtsmangel behaftete Leistung stellt sich als Nichterfüllung der Vertragspflicht des Verkäufers dar.

Liefert der Verkäufer eine mit einem Rechtsmangel behaftete Sache, kann er dem Käufer das Eigentum an der Sache nicht gewähren oder die Sache nicht übergeben, so macht die Entscheidung der Frage, ob in diesem Falle Nichterfüllung gegeben ist oder nicht, keine Schwierigkeiten. Es gehört nämlich zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, die Sache frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, ferner

dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen und die Sache zu übergeben.

Dies wird durch das Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht. Einerseits heißt es nämlich in den §§ 433, 434: „der Verkäufer ist verpflichtet"; andererseits ergibt sich dies aus der Fassung des § 440 Abs. 1: „Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433—437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320—327", d. h. nach den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung bzw. nicht vollständige Erfüllung der gegenseitigen Verträge.

Die hier vertretene Ansicht wird auch durch die Motive bestätigt, wo es heißt[1]): „Die Rechtsverschaffung ist ein Teil der Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung."

§ 12. Das Resultat und seine Folgen.

Da nach dem Gesagten Nichterfüllung der dem Verkäufer auferlegten Verpflichtung gegeben ist, wenn er die ihm nach den § 433—437 obliegenden Leistungen nicht erbringt, so ist beim Vorliegen eines nicht zu beseitigenden Rechtsmangels die Voraussetznng für die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit gegeben.

Bei ihrer Anwendung ist jedoch ein Unterschied zu machen zwischen den Hauptverbindlichkeiten des Verkäufers und den anderen ihm obliegenden Nebenverbindlichkeiten.

Denn die §§ 323ff. finden nicht notwendig auf alle Verbindlichkeiten Anwendung, die sich aus dem Kaufvertrage ergeben. Aus dem Kaufvertrage gehen nämlich vielfach neben den typischen und hauptsächlichsten Verpflichtungen auch solche Verpflichtungen hervor, die weder zueinander noch zu den Hauptpflichten des Vertrags im Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen.

Handelt es sich um die Nichterfüllung einer Hauptverbindlichkeit des Verkäufers, z. B. er liefert nicht, so treten

[1]) Bd. II S. 216.

immer die speziellen Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere auch der §§ 323 ff., ein. Denn die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten, welche das Wesen des Kaufvertrages ausmachen, sind das Äquivalent der Gegenleistung des Käufers.

Erfüllt dagegen der Verkäufer nur eine andere der ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht oder erfüllt er nur die für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeiten im einzelnen Falle vereinbarten Modalitäten nicht, z. B. er liefert nicht an dem besonders vereinbarten Orte, sondern an einem anderen, so ist es Tatfrage, ob jene anderweit übernommenen Verpflichtungen oder jene Modalitäten der Erfüllung nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien überhaupt von so wesentlicher Bedeutung sind, daß sie im Verhältnisse zur Gegenleistung als wirkliche Äquivalente anzusehen sind oder daß ohne sie der ganze Vertrag nicht gewollt ist. Nur insofern das letztere zutrifft, kommen auch hier die speziellen Folgen der Nichterfüllung der gegenseitigen Verträge (§§ 320 ff.) zur Anwendung. Regelmäßig aber wird die Unmöglichkeit der Erfüllung von Nebenverbindlichkeiten oder von bloßen Modalitäten der Hauptverbindlichkeiten nur die Folgen der Unmöglichkeit nach den für Schuldverhältnisse im allgemeinen geltenden Regeln (§§ 275, 280), also nur die Schadensersatzpflicht nach sich ziehen [1]).

Ist aber hiernach die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen (§ 323 ff.) zu bejahen, so gestaltet sich diese im einzelnen verschieden, je nachdem die mangelnde Rechtsverschaffung bereits zur Zeit des Kaufabschlusses gegeben ist oder ein Rechtsmangel erst nach diesem Zeitpunkte eintritt.

Kann der Verkäufer die ihm durch die §§ 433 ff. auferlegten Verpflichtungen bereits beim Vertragsabschlusse nicht erfüllen, ist er schon zu dieser Zeit zur Rechts-

[1]) Vgl. hierzu Düringer-Hachenburg S. 74 ff., v. Staudinger, Bem. I, 2 zu § 440, S. 567; Kisch § 1, IV, S. 7.

verschaffung oder auch zur Übergabe der verkauften Sache aus einem tatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht imstande, so hat er diese Lage gleichwohl rechtlich zu vertreten. Die Haftung des Verkäufers für den Fall des Vorhandenseins einer nicht zu beseitigenden mangelnden Rechtsverschaffung zur Zeit des Vertragsschlusses bestimmt sich, da ein beim Kaufabschluß vorliegender Rechtsmangel von ihm ohne Rücksicht auf Verschulden stets zu vertreten ist [1]), nach dem § 325. Denn, wie bereits oben ausgeführt, übernimmt der Verkäufer durch den Kaufvertrag die Garantie für seine Leistungsfähigkeit zur Zeit des Vertragsschlusses und haftet daher für einen zu dieser Zeit bestehenden Rechtsmangel unbedingt. Der Verkäufer hat, wenn er eine Sache verkauft, die er zur Zeit des Vertragsabschlusses zu leisten außerstande ist, dafür einzustehen, daß er sie bei Fälligkeit seiner Verpflichtung wirklich gewähren kann; dies entspricht dem Verschaffungsprinzipe; durch den Kaufvertrag übernimmt der Verkäufer die Garantie, daß er vertragsgemäß und rechtzeitig erfüllen werde [2]).

Wegen eines nicht zu beseitigenden Rechtsmangels, der erst nach dem Abschlusse des Kaufvertrages eintritt, haftet dagegen der Verkäufer nach den gewöhnlichen Grundsätzen über nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (§§ 323 ff.). Er hat in diesem Falle, wie oben erwähnt, nicht jeden Rechtsmangel ohne Rücksicht auf Verschulden unbedingt zu vertreten, sondern es kommt hier darauf an, ob und in welcher Art die durch den Rechtsmangel veranlaßte Unmöglichkeit etwa mit einem Umstand zusammenhängt, den einer oder der andere der beiden Teile oder auch keiner von beiden Teilen zu vertreten hat.

Zu beachten ist hier aber, daß das Verlangen von Schadensersatz für Nichterfüllung wegen einer Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung infolge eines Anspruchs eines Dritten auf die verkaufte bewegliche und bereits übergebene

---

[1]) Vgl. Cosack, § 125, III, 1 a S. 418.

[2]) Vgl. v. Staudinger a. a. O., Düringer-Hachenburg a. a. O.

Sache durch die in den §§ 440 Abs. 2—4 und 441 enthaltenen Sonderbestimmungen beschränkt wird. Diese Bestimmung soll verhüten, daß der Käufer eine Entschädigung wegen eines Rechtsmangels erhält und gleichzeitig im Genuß der Sache bleibt[1]). Es wird nämlich die Schadensersatzklage gegen den Verkäufer davon abhängig gemacht, daß entweder der Käufer die Sache einem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht daran herausgegeben hat, oder daß der Käufer die Sache dem Verkäufer zurückgewährt hat, oder daß die Sache selbst untergegangen ist, also jener Doppelerfolg nicht eintreten kann. In dieser Vorschrift liegt noch ein Anklang an das römisch-rechtliche Eviktionsprinzip, jedoch ist dieses auch hier nicht voll beibehalten[2]).

Sachmängel und Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Verhältnis zueinander.

§ 13. Allgemeines.

Außerordentlich zweifelhaft und bestritten ist die Frage, ob der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht dann genügt, wenn er eine Sache liefert, die mit Werts- oder Tauglichkeitsmängeln behaftet ist oder der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (§ 459).

Einige Schriftsteller[3]) sind der Ansicht, daß Lieferung einer solchen mangelhaften Sache Erfüllung sei. Andere[4])

[1]) Vgl. Motive II, S. 217—218; Eck § 73, S. 441 u. 442; v. Staudinger, Bem. II, 1 zu § 440, S. 574; Schöller, Bd. 46, S. 10; Petri S. 40 ff.

[2]) Vgl. hierzu Cosack, § 125, III, S. 419; Oertmann, Bem. 3 zu § 440, S. 337; Emerich S. 54; Krahmer S. 105; v. Staudinger, Bem. II, 1 zu § 440, S. 574.

[3]) Z. B. Crome, II, § 220, S. 444; Matthiaß § 106, S. 273; Goldmann-Lilienthal, I, § 136, Anm. 6, S. 497; Staub, Positive Vertragsverletzungen S. 16 ff.; Schröder S. 2; Schollmeyer, Jherings Jahrbuch S. 93 ff.; Oertmann S. 324, Bem. zu § 433.

[4]) Z. B. Dernburg, II, 2 § 185, I, S. 55; derselbe in DJZ. 1903, S. 1 ff.; Emerich S. 68; Eccius, Bd. 43, S. 306, 309—310; Kisch

gehen von der entgegengesetzten Ansicht aus, daß mangelhafte Lieferung keine Erfüllung sei.

Die Entscheidung, welchen Standpunkt das BGB. zu dieser Streitfrage einnimmt, hat verschieden auszufallen, je nachdem es sich um eine Spezies- oder Genussache handelt, und weiter für die Speziessache, je nachdem der Mangel bereits zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war oder erst später, in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und Gefahrübergang, entstanden ist.

Mängel einer Speziessache, die schon beim Kaufabschluß vorhanden sind.

§ 14. Mängel der in § 459 Abs. 1 bezeichneten Art.

Handelt es sich um eine Speziessache und ist ein Mangel der im § 459 Abs. 1 S. 1 bezeichneten Art bereits zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden, so kann eine Erfüllungspflicht des Verkäufers, die Sache frei von solchen Mängeln zu liefern, nicht anerkannt werden [1]). Weder enthält nämlich § 433, welcher die hauptsächlichsten Verpflichtungen des Verkäufers regelt, auch nur irgendeine Andeutung dahin, daß eine Verschaffungspflicht der Kaufsache in mangelfreiem Zustande bestände, noch auch läßt sich aus § 459 eine solche Vorschrift entnehmen; denn es heißt dort nicht: „der Verkäufer hat eine mangelfreie Sache zu liefern", sondern: „der Verkäufer haftet dafür, daß die Sache nicht mit Mängeln behaftet ist". Im § 459 wird demnach keine Erfüllungspflicht, sondern lediglich eine Garantiepflicht des Verkäufers statuiert.

Die hier vertretene Ansicht ist außerordentlich bestritten [2]). Als Hauptargument dafür, daß auch die Haftung für Mängel-

S. 193 ff.; Titze S. 274; Endemann S. 992 A 31; Schöller, Bd. 46 S. 13 ff., Goudefroy S. 30; Cosack, § 127, II, 1, S. 428.

[1]) Vgl. zum folgenden die Ausführungen von Nowicki S. 16 ff.

[2]) Dagegen insbesondere Dernburg, II, 2 § 185, I; Endemann, § 161 Anm. 31; vgl. auch RG. 53, 70 ff.

freiheit eine Vertragshaftung sei, wird der Wortlaut des § 459, der von „haften“ spricht [1]), und die Vorgeschichte des § 459 angeführt.

So heißt es bei Endemann [2]): „Daß die Freiheit von den kraft Gesetzes zu vertretenden Mängeln zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, hebt § 459, I mit aller Klarheit hervor.“ Er rechtfertigt seine Ansicht damit, daß der Ausdruck „haftet“ im § 459 in einem Gegensatze zu dem Ausdrucke „Gewährleistung wegen Mängel“ an anderer Stelle, z. B. in § 476, stehe und deshalb „Haftung“ gleichbedeutend mit „Leistungsverpflichtung“ sei.

Auch an anderen Stellen scheint nun das Gesetz den Ausdruck „Haftung“ im Sinne von „Leistungsverpflichtung“ zu verwenden. So heißt es z. B. einerseits in § 434: „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen“; andererseits wird von diesem Verpflichtetsein des Verkäufers in § 436 eine Ausnahme hervorgehoben, indem gesagt wird: „Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit eines Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten usw.“

Würde man dementsprechend im § 459 an die Stelle des Wortes „haften“ das Wort „verpflichtet sein“ stellen, so würde § 459 etwa folgendermaßen lauten: „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer eine zur Zeit des Gefahrüberganges mangelfreie Sache zu verschaffen.“ Würde der § 459 so lauten, so wäre es unzweifelhaft, daß es zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre, mangelfreie Ware zu liefern [3]).

Dieser Gleichstellung des Wortes „Haftung“ mit „Leistungsverpflichtung“ ist jedoch entgegenzuhalten, daß das Gesetz an anderer Stelle, nämlich beim Werkvertrag [4]), die Leistungsverpflichtung des Unternehmers ausdrücklich

---

[1]) Endemann a. a. O.
[2]) Anm. 31 § 161 S. 992.
[3]) Vgl. hierzu Friedberg S. 13.
[4]) Vgl. § 633 BGB.

mit den Worten: „Der Unternehmer ist verpflichtet“ bezeichnet. Daraus ist zu folgern, daß das Gesetz, wenn es in § 459 von „haften“ spricht, mit diesem Worte auch einen anderen Sinn als in § 633 verbindet, daß also „Haftung“ nicht gleichbedeutend mit „Leistungsverpflichtung“ ist.

Überhaupt ist, wie Oertmann [1]) treffend hervorhebt, das Wort „haften“ an sich farblos und paßt ebensogut auf eine bloße Gewährleistungspflicht wie auf eine Erfüllungspflicht. Außerdem wird in den Motiven [2]) mit dem Ausdrucke „haften“ der gleiche Sinn wie mit dem Ausdrucke „Gewährleistung wegen Mängel“ verbunden. Nirgends läßt sich aus den Verhandlungen der Kommissionen eine Andeutung dahin feststellen, daß dem Ausdrucke „haften“ eine besondere Bedeutung zukommen solle.

Die Gegner der hier vertretenen Ansicht weisen zur Unterstützung ihrer Auffassung weiter darauf hin, daß der Käufer, der die geschuldete Leistung erhält, zur Bewirkung der vollen Gegenleistung auf Grund des Kaufvertrages verpflichtet ist; er braucht die volle Gegenleistung aber nicht zu bewirken, wenn ihm die Sache in mangelhaftem Zustande geliefert wird, da ihm alsdann der Minderungsanspruch gemäß § 462 zusteht; dieses Minderungsrecht aber sei unerklärlich, wenn doch der Käufer seinerseits die „geschuldete“ Leistung empfangen habe.

Weiter führt Emerich [3]) aus, der Käufer könne nie mehr als Erfüllung vom Verkäufer verlangen; könnten trotzdem nach §§ 462—463 auf Grund der mangelhaften Leistung noch weitere Rechte gegen den Verkäufer geltend gemacht werden, so könne auch im Sinne des Gesetzes die „Erfüllung“ noch nicht erfolgt sein.

Aber auch diese beiden Einwände sind, so geschickt formuliert sie auch sein mögen, gegenüber den für die hier vertretene Ansicht sprechenden Gründen nicht durchschlagend.

---

[1]) S. 324, Bem. zu § 433.
[2]) Bd. II S. 224—227.
[3]) A. a. O. S. 68.

Und wenn endlich in den Motiven [1]) gesagt ist, daß der Käufer nur dann verpflichtet ist, die Ware abzunehmen, wenn sie vertragsmäßig angeboten ist, so steht damit noch keineswegs fest, daß zum vertragsmäßigen Angebote die Fehlerlosigkeit der Ware gehört [2]).

Für die hier vertretene, wohl als herrschend [3]) zu bezeichnende Ansicht spricht aber eine Reihe von überzeugenden Gründen:

1. Sie allein wird dem beim Abschluß eines Kaufvertrages zu unterstellenden Parteiwillen gerecht. Ein Kaufvertrag gilt dann als abgeschlossen, wenn eine Einigung der Parteien über Kaufgegenstand und Kaufpreis erzielt worden ist. Die Parteien haben hierbei ihr Augenmerk auf eine ganz bestimmte Sache gerichtet, der Käufer wünscht gerade diese eine bestimmte Sache in der Beschaffenheit, in der sie sich im Augenblicke des Vertragsabschlusses befindet, zu erwerben, der Verkäufer verpflichtet sich gerade zur Lieferung dieser bestimmten Sache [4]).

Ist nun diese bestimmte Sache im Moment des Vertragsabschlusses mit Mängeln behaftet, so sind diese, gleichgültig, ob sie erheblich oder unerheblich, verborgen oder offensichtlich sind, von dem Übereignungswillen der Kontrahenten mitbetroffen. Denn ebensowenig wie für das römische Recht kann auch für das BGB. der Grundsatz gelten, daß die Mängelfreiheit einer Sache als stillschweigend zugesichert zu gelten habe und eine eventuell einseitige, nicht zum Ausdruck gekommene Annahme des Käufers, daß die von ihm zu erwerbende Sache mängelfrei sei, kann auf den Umfang der Verpflichtung des Verkäufers keine Rechtswirkung ausüben (§ 116 BGB.). Der Verkäufer

---

[1]) Bd. II a. a. O.

[2]) Oertmann, Recht 09, S. 620.

[3]) Dafür außer Schollmeyer; Jherings Jahrbuch S. 97 ff.: Oertmann S. 324 ff.; derselbe im Recht 09, S. 617 ff.; im Recht 08, S. 345 ff.; Leonhard S. 393; Schultze S. 149; Wolff, Jherings Jahrb. Bd. 56 S. 1 ff.; Crome § 220 Anm. 4 S. 444.

[4]) Ähnlich Crome § 220, 2 Anm. 4 S. 444.

genügt daher seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Kaufsache in dem Zustande übergibt, in welchem diese sich zur Zeit des Kaufabschlusses gerade befand[1]), also auch mit etwaigen ihr zu diesem Zeitpunkte anhaftenden Fehlern. Ja, der Verkäufer kann, da der Kaufvertrag gerade über diese eine bestimmte Sache zustande gekommen ist, seiner ihm durch den Kaufvertrag auferlegten Lieferungspflicht überhaupt nur dann nachkommen, wenn er diese eine bestimmte Sache leistet. Der Verkäufer ist nicht einmal berechtigt, dem Käufer auf eigenen Antrieb eine mangelfreie Sache statt der mangelhaften zu übereignen[2]). Denn der Anspruch des Käufers geht auf Leistung dieser bestimmten verkauften Sache. Nur durch deren Leistung kann daher der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllen; verkauft war aber nur eine mangelhafte Sache.

2. Sie allein entspricht ferner der Entwicklungsgeschichte der §§ 459 ff. und diesen Bestimmungen selbst[3]).

Das BGB. folgt in seinen Bestimmungen über die Gewährleistungsansprüche der herrschenden Lehre des gemeinen Rechtes[4]). Diese ging aber dahin, daß der Käufer ein Klagerecht auf Verschaffung einer mangelfreien Sache nicht hatte[5]).

Würde man eine Pflicht des Verkäufers zur mangelfreien Verschaffung der Kaufsache annehmen, so wäre beim Vorhandensein ursprünglicher Mängel der Vertrag teilweise auf eine unmögliche Leistung gerichtet und müßte demgemäß nach §§ 306, 139 ganz oder zum Teil nichtig sein[6]).

---

[1]) Ebenso Oertmann S. 325.

[2]) Vgl. hierzu Motive II zu § 398, S. 242, wo ebenfalls ausdrücklich hervorgehoben ist, daß der Verkäufer seinerseits nicht befugt ist, an Stelle der fehlerhaften eine fehlerfreie Sache dem Käufer zu liefern und deren Annahme zu verlangen.

[3]) Vgl. zum folgenden insbesondere Schollmeyer, Jherings Jahrb. a. a. O. u. Oertmann, Recht 08 u. 09 a. a. O.

[4]) Motive II S. 224.

[5]) Vgl. André, a. a. O. S. 52 ff.

[6]) Vgl. Wolff, a. a. O. S. 5.

Gemäß § 633 ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen.

Demnach gehört es zur Erfüllungspflicht des Unternehmers, ein mangelfreies Werk zu liefern. Würde eine entsprechende Verpflichtung auch für den Verkäufer bestehen, so wäre der Verkäufer zur Nachbesserung der Kaufsache verpflichtet, eine solche Nachbesserungspflicht aber besteht, wie allgemein, insbesondere auch vom Reichsgericht[1]), anerkannt wird, nur für den Werkvertrag, nicht auch für den Kauf.

Ferner kann der Käufer gemäß § 463 nur dann, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Daraus folgt, daß in den übrigen Fällen des § 459, in denen eine Haftung des Verkäufers nicht wegen beim Kaufabschluß fehlender zugesicherter Eigenschaften und nicht wegen Arglist begründet ist, eine derartige Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung nicht eintreten soll. Dies würde aber der Fall sein, wenn man eine Verpflichtung des Verkäufers zur mangelfreien Verschaffung der Kaufsache annehmen und wenn eine schuldhafte Verletzung dieser „Pflicht" erfolgen würde.

§ 15. Die Zusicherung von Eigenschaften.

Sichert der Verkäufer eine Eigenschaft der Kaufsache, die ihr im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses fehlt, zu, so ist es zweifelhaft, ob Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Vertragspflicht dann vorliegt, wenn zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die zugesicherte Eigenschaft nicht

[1]) RG. 61 S. 92 ff.; JW. 05, S. 488.

vorhanden ist. Wird mit anderen Worten der Verkäufer durch eine derartige Zusicherung verpflichtet, die Eigenschaften bis zum Gefahrübergange zu verschaffen?

Zwei Ansichten stehen sich hier gegenüber. Die einen[1]) sagen, daß es zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre, die Sache mit den zugesicherten Eigenschaften zu liefern, die andern[2]) erblicken in der Zusicherung stets nur eine Garantieübernahme, nicht die Übernahme einer Vertragspflicht.

Diese letztere Ansicht verdient den Vorzug. Denn aus dem Begriffe und dem Wesen der Zusicherung ergibt sich, daß in der Zusicherung nur eine Garantieübernahme zu finden ist.

Was als zugesicherte Eigenschaft im Sinne des § 459 zu gelten hat, ob eine wirklich verbindliche Zusicherung einer Eigenschaft oder nur eine allgemeine Anpreisung vorliegt, ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden[3]). Um eine zugesicherte Eigenschaft handelt es sich jedoch nur dann, wenn eine Eigenschaft in Frage steht, für die der Verkäufer an sich und ohne eine derartige Zusicherung nach der Verkehrsgewohnheit nicht haften würde, nicht aber, wenn es sich um eine Eigenschaft handelt, für die der Verkäufer ohnedies schon nach dem Gesetz haften würde[4]).

Weiterhin ist zum Begriffe „zugesicherte Eigenschaften" erforderlich, daß die in Rede stehenden Zusicherungen Vertragsbestandteil geworden sind. Nicht jede bei Gelegenheit von Kaufsverhandlungen über den Kaufgegenstand abgegebene Erklärung und nicht jede Äußerung des Verkäufers kann ohne weiteres als Zusicherung nach § 459 betrachtet werden, es ist vielmehr erforderlich, daß die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßig verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wird; beide

---

[1]) So z. B. Eccius Bd. 43 S. 309; Fischer, Jherings Jahrb. Bd. 51 S. 225ff.

[2]) Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 98; Oertmann S. 325.

[3]) Goldmann-Lilienthal § 134, II, 1, S. 493.

[4]) v. Staudinger, Bem. zu § 459, S. 619; Goldmann-Lilienthal S. 493; Seuff. Arch. Bd. 62, S. 53.

Teile müssen sich also bewußt gewesen sein, daß das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden soll, es muß erkennbar sein, daß der Erwerber auf das Versprechen Gewicht gelegt und es als Teil der vom Veräußerer zu übernehmenden Leistung betrachtet, sowie daß auch der Veräußerer es in diesem Sinne abgegeben hat. Es muß gerade in dieser Beziehung also Willensübereinstimmung vorliegen [1] [2]). Stillschweigend kann daher eine derartige Zusicherung nicht begründet werden [3]). Wohl aber braucht die Annahme einer Zusicherung vom Käufer nicht ausdrücklich erklärt zu werden [4] [5]).

Da bei der Zusicherung einer Eigenschaft Willensübereinstimmung der Parteien erfordert wird, so fragt es sich, worauf der übereinstimmende Wille der Parteien bei einer solchen Zusicherung gerichtet ist. Unzweifelhaft ist, daß eine derartige Zusicherung sich auf das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft im Zeitpunkte des Gefahrüberganges bezieht. Zweifelhaft ist jedoch, ob eine der-

[1]) Vgl. RG. Bd. 53 S. 200; Bd. 54 S. 223; Bd. 70 S. 82; u. Jur. Wchschr. 1909, S. 71; v. Staudinger. Bem. zu § 459, S. 619.

[2]) Treffend präzisiert Eccius, Bd. 43 S. 309, den Begriff „zugesicherte Eigenschaft" dahin: „Es genügt nicht, daß bloß von einer Eigenschaft vor dem Vertragsschlusse die Rede gewesen ist, ohne daß sie zum Inhalte des Vertrages geworden wäre oder daß eine Eigenschaft der Sache bloß nachgerühmt wird, ohne daß die Absicht ausgedrückt wird, dafür einzustehen; die Eigenschaft muß eine Besonderheit hervorheben, die gerade diese Sache von ähnlichen unterscheidet."

[3]) Vgl. RGE. in DJZ.1903, S. 31; OLG. Stuttgart DJZ. 1904, S. 512; v. Staudinger a. a. O. S. 620.

[4]) Jur. Wchschr. 1896, S. 362; v. Staudinger a a. O. S. 620.

[5]) Aus der Natur der zugesicherten Eigenschaft als Vertragsbestandteil folgt, daß die Zusicherung bei einem Kaufvertrage mit gesetzlich gebotener Form, wie z. B. bei Grundstückskäufen nach § 313, von dieser Vertragsform umschlossen sein muß (vgl. hierzu Crome im „Recht" 1902, S. 334; Eccius Bd. 43 S. 309; v. Staudinger, Bem. zu § 459, S. 621—622; Schneider im „Recht" 1903, S. 522; RG. Bd. 52 S. 1ff.; Bd. 56 S. 50; Bd. 63 S. 110ff.; a. M. Dernburg II, 2. S. 51, § 184, III).

artige Zusicherung auch das Versprechen in sich schließt, eine Eigenschaft, die im Augenblicke des Vertragsabschlusses der Kaufsache fehlt, bis zum Gefahrübergange verschaffen zu wollen.

Ein derartiges Versprechen, die fehlende Eigenschaft verschaffen zu wollen, kann zunächst in den Fällen nicht als vorliegend erachtet werden, in denen der Käufer den Mangel zur Zeit des Kaufabschlusses kennt. Schließt nämlich der Käufer trotz Kenntnis des Mangels den Kaufvertrag ab, so verzichtet er damit gleichsam stillschweigend auf alle ihm aus diesem Mangel etwa erwachsenden Rechte[1]).

In Betracht kommt hier ferner nicht der Tatbestand, daß der Verkäufer die Herstellung einer bestimmten, zur Zeit des Vertragsschlusses nicht vorhandenen Eigenschaft bis zum Gefahrübergange ausdrücklich übernimmt und das Vorhandensein der erst herstellbaren Eigenschaft zusichert. Eine solche Abrede ist an sich selbstverständlich durchaus rechtlich zulässig. Sie bildet aber einen außerhalb des Kaufvertrages liegenden Nebenvertrag, z. B. einen Werkvertrag.

Daher kann der Verkäufer, wenn später die Eigenschaft, deren Verschaffung versprochen wurde, fehlt, nur auf Grund der allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge bzw. auf Grund der besonderen Vorschriften z. B. des Werkvertrags auf Leistung oder Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung, nicht aber auf Grund der Gewährleistungsvorschriften auf Wandelung oder Minderung in Anspruch genommen werden[2]).

Anders liegt es jedoch in den Fällen, in denen zur Zeit des Kaufabschlusses eine Eigenschaft, von der beide Teile wissen, daß sie zurzeit nicht vorhanden ist, ohne Über-

---

[1]) Endemann § 161, I, S. 991; v. Staudinger, Bem. zu § 460, S. 628; Kuhlenbeck, Bem. I zu § 460; ders. „Von den Pandekten" I, S. 442ff.

[2]) Vgl. hierzu Eccius, Bd. 43 S. 310; Motive II, S. 226; v. Staudinger, Bem. zu § 459, S. 624; Planck, Bem. 2 zu § 460, S. 365.

nahme der Herstellungspflicht in der Weise zugesichert wird, daß sie bei Gefahrübergang vorhanden sein werde. Hier ist es also ausgeschlossen, den Verkäufer auf Grund eines außerhalb des Kaufvertrages liegenden Nebenvertrages, z. B. eines Werkvertrages, zur Verantwortung zu ziehen, da die Parteien einen derartigen selbständigen Vertrag neben dem Kaufvertrage gar nicht haben begründen wollen. Das Versprechen, die Eigenschaft herzustellen, stellt sich vielmehr als ein Teil des Kaufvertrages dar.

In diesem Falle können nach der Ansicht Schollmeyer's [1]) bezüglich der zu verschaffenden Eigenschaft weder die Gewährsvorschriften des Kaufes noch diejenigen des Werkvertrages zur Anwendung kommen. Die ersteren aus dem Grunde nicht, weil der Käufer bei Abschluß des Kaufvertrages die Mängel kennt (§ 460); die letzteren deshalb nicht, weil es sich nicht um einen selbständigen Werkvertrag handelt. Vielmehr können nach Schollmeyers Ansicht in einem solchen Falle nur die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages zur Anwendung gebracht werden.

Dieser Ansicht Schollmeyers kann nicht beigetreten werden. Allerdings ist zuzugeben, daß ein selbständiger Werkvertrag in einem solchen Falle nicht vorliegt. Es ist jedoch kein Grund dafür ersichtlich, warum nicht auf diesem unselbständigen Teil des Kaufvertrages die Gewährleistungsvorschriften des Kaufes zur Anwendung gelangen sollten.

Dieser Auffassung schließt sich auch v. Staudinger [2]) an. Es geht in einem solchen Falle wohl regelmäßig der Wille der Parteien dahin, daß für die Eigenschaft genau ebenso gehaftet werden soll, wie wenn die Eigenschaft als schon beim Vertragsschlusse vorhanden zugesichert wird, wobei jedoch § 460 ausgeschlossen sein soll. Es handelt sich also um eine Abänderung der Gewährleistungsvorschriften [3]).

[1]) Jherings Jahrbuch S. 120.
[2]) Bem. zu § 459, S. 624.
[3]) Vgl. hierzu auch Eccius, Bd. 43, S. 310ff.

Daher liegt kein Grund vor, diesen Fall anders zu behandeln als denjenigen, in dem das Fehlen der Eigenschaften den Parteien zur Zeit des Kaufabschlusses unbekannt geblieben ist.

Es fragt sich nun, welchen Sinn eine derartige Zusicherung des Verkäufers in diesen Fällen hat?

Es ist nicht anzunehmen, daß der Verkäufer, der eine im Augenblicke des Vertragsabschlusses fehlende Eigenschaft für die Zeit des Gefahrüberganges zusichert, mit diesem Versprechen auch die Verpfichtung übernimmt, die Eigenschaft verschaffen zu wollen. Vielmehr kann der Sinn einer derartigen Zusage nur der sein, daß der Verkäufer die Garantie dafür übernimmt, daß die Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sei, und daß der Verkäufer zugleich verspricht, für alle Folgen einstehen zu wollen, welche dem Käufer dadurch entstehen sollten, daß die Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges nicht vorhanden ist[1]).

Bedenken gegen die hier gewonnene Ansicht erregt nur die Tatsache, daß das Gesetz dem Verkäufer, falls die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Kaufes nicht vorhanden war, gemäß § 463 eine Schadensersatzpflicht wegen „Nichterfüllung“ auferlegt. Der Ausdruck „Nichterfüllung“ könnte zu der Annahme verleiten, daß das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre.

Dieses Bedenken ist jedoch nur scheinbar vorhanden. Denn der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in § 463 ist ein Interessenanspruch an der Erfüllung der Garantiepflicht, es handelt sich in § 463 nicht um einen Anspruch wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages

---

[1]) Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 98; Oertmann a. a. O. S. 325; ebenso auch Motive II, S. 228: „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann jedoch nichts anderes als die Übernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte.“

schlechthin, sondern nur um das Erfüllungsinteresse wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaft. Die Schadensersatzverpflichtung hat demnach hier ihren Grund in demselben Umstande, wie die Wandelungs- und Minderungsverpflichtung, nämlich in der Garantieverpflichtung des Verkäufers.

Zwar vertritt das Reichsgericht[1]) den entgegengesetzten Standpunkt. Es weist dem Käufer das Recht zu, beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft den ganzen Vertrag als unerfüllt zu behandeln und unter Zurückweisung der Kaufsache sein ganzes positives Erfüllungsinteresse d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages schlechthin zu fordern[2]), ohne daß dieses Recht an die Voraussetzung geknüpft wäre, daß der Käufer an der Ware in mangelfreiem Zustande kein Interesse hat. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird vom Reichsgericht mit dem Wortlaute „wegen Nichterfüllung", mit der Entstehungsgeschichte des § 463 und des in dieser Hinsicht übereinstimmenden § 480 Abs. 2 begründet.

Diese Ansicht kann jedoch nicht geteilt werden[3]). Es steht hier nämlich eine gesetzliche Haftung nach einer ganz bestimmten Richtung in Frage; trotz des bedenklichen Wortlauts kann nicht angenommen werden, daß die Sache so anzusehen sei, als ob der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt hätte, es handelt sich vielmehr nur um einen Schadensersatz wegen des speziellen Mangels.[4])

[1]) RG. Bd. 52, S. 352 ff.; Jur. Wochschr. 1902, Beil. S. 235 u. 279.

[2]) Vgl. auch Cosack, Bem. IV c zu § 127, S. 438: „Der Schadensersatzanspruch geht auf Erstattung des vollen positiven, nicht etwa bloß des negativen Vertragsinteresses, gerade wie wenn der Verkäufer die geschuldete Sache gar nicht geliefert hätte."

[3]) In Entsch. Bd. 53 S. 92 u. Bd. 59 S. 156 hat neuerdings das Reichsgericht seinen Standpunkt, daß der Schaden hier nur auf der Grundlage einer Nichterfüllung des Vertrages schlechthin liquidiert werden dürfe, selbst aufgegeben, indem es dem Käufer ein Wahlrecht dahin einräumt, ob er die Nichterfüllung geltend machen oder auf dem Vertrage bestehen bleiben und lediglich den durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft erwachsenen Schaden fordern will.

[4]) Vgl. v. Staudinger, Bem. zu § 463 S. 640; Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 98 ff.; Düringer-Hachenburg S. 151;

Der Schadensersatzanspruch kann auch nicht, wie noch besonders zu betonen ist, in der Verschaffung der zugesicherten Eigenschaft bestehen. Denn die Herstellung des Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, besteht nicht in der Beseitigung des Mangels. Der zum Ersatze verpflichtende Umstand ist nämlich die Tatsache der Zusicherung, nicht das Vorhandensein der Eigenschaft.[1])

Der Wortlaut der §§ 463—480 spricht demnach nicht gegen unsere Auffassung, daß eine Leistungspflicht des Verkäufers zur Verschaffung der zugesicherten Eigenschaft nicht besteht, daß in der Zusicherung einer Eigenschaft stets nur eine Garantieübernahme, nicht die Übernahme einer Vertragspflicht erblickt werden kann.

§ 16. Das Resultat und seine Folgen.

Als Resultat der Untersuchung in den beiden vorhergehenden Paragraphen ergibt sich, daß es nicht zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, die verkaufte Speziessache, die zur Zeit des Kaufabschlusses mit Werts- oder Tauglichkeitsmängeln behaftet ist, frei von diesen Mängeln zu liefern. Ebensowenig übernimmt der Verkäufer, der bei einer Speziessache eine im Augenblicke des Kaufabschlusses fehlende Eigenschaft für die Zeit des Gefahrüberganges zusichert, mit dieser Zusicherung die Verpflichtung, die Eigenschaft bis zum Gefahrübergange zu verschaffen. Vielmehr übernimmt der Verkäufer mit dieser Zusicherung nur die Garantie dafür, daß die Eigenschaft im Augenblicke des Gefahrüberganges vorhanden sein werde und zugleich das Versprechen, für die Folgen eines etwaigen Fehlens der Eigenschaft einstehen zu wollen.

Planck, Bem. 4 zu § 463; Eccius, Bd. 43 S. 335, 336; Kipp, Gutachten zum 27. Juristentag, Bd. I, S. 228 ff.; Werner im „Recht" 1905, S. 303 ff.; Oertmann, Bem. 5 a zu § 463, S. 375; Wolff, Jherings Jahrb., Bd. 56, S. 55 ff., 79 ff.

[1]) Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrbuch S. 98 Anm. 1.

In beiden Fällen genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Kaufsache in dem Zustande liefert, in dem sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses befunden hat. Es ist mithin in diesen Fällen die notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Unmöglichkeit, nämlich Nichterfüllung der Vertragspflichten des Verkäufers, nicht gegeben.

Es liegt also auch dann, wenn die Mängel schon im Augenblicke des Vertragsabschlusses nicht zu beseitigen sind oder die Verschaffung der zugesicherten Eigenschaft von vornherein nicht möglich ist, nicht ursprüngliche, vollständige resp. teilweise Unmöglichkeit vor; der Kaufvertrag ist daher keineswegs nichtig (§§ 306, 139). Der Käufer hat, auch wenn die Fehler behebbar sind, nicht das Recht, Beseitigung der Fehler, sollten dieselben auch wert- oder tauglichkeitmindernd sein, zu verlangen. Ebenso ist eine Klage des Käufers auf Verschaffung der Eigenschaft und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, wenn die verschaffbare Eigenschaft schuldhaft nicht verschafft wurde, ausgeschlossen[1]).

Der Käufer ist sonach in diesen Fällen darauf angewiesen, den Verkäufer wegen der mangelhaften Lieferung mit den ädilizischen Rechtsbehelfen in Anspruch zu nehmen.

Ist aber der Käufer in den Fällen, in denen eine Erfüllungspflicht des Verkäufers nicht vorliegt, stets verpflichtet, die mangelhafte Sache anzunehmen? Keineswegs!

Dem Anspruche des Verkäufers sowohl auf Zahlung des Kaufpreises wie auf Entgegennahme der verkauften Sache[2]) kann er mit der Wandelungseinrede begegnen[3]).

Allerdings steht das Reichsgericht[4]) und ihm folgend eine Anzahl von Schriftstellern, wie Dernburg[5]), Düringer-

---

[1]) Ebenso Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 97 u. 98.

[2]) Schöller, Bd. 46 S. 15, insbes. Anm. 16; Oertmann S. 325.

[3]) Nicht auch mit der Minderungseinrede: Oertmann a. a. O., Schöller a. a. O.

[4]) RG. Bd. 53 S. 70 ff.; Bd. 55 S. 201.

[5]) II, 2 § 185 I S. 55.

Hachenburg[1]) und v. Staudinger[2]) auf dem Standpunkte, daß die ädilizischen Rechtsbehelfe, Wandelung und Minderung, erst von dem Zeitpunkte des Gefahrüberganges ab geltend gemacht werden können. Diese Annahme findet aber im Gesetz keine Stütze und wird mit Recht von der überwiegenden Anzahl von Schriftstellern verworfen[3]). Der Zeitpunkt des Gefahrüberganges hat nur die Bedeutung einer zeitlichen Beschränkung der Rechtsbehelfe. Der Absicht des Gesetzes und den Interessen des Käufers entspricht allein die Auffassung, daß die Gewährleistungsansprüche, insbesondere also auch die Wandelungseinrede, bereits vom Abschlusse des Kaufvertrages an gegeben sind.

Diese Wandelungseinrede ist aber ihrem Wesen nach eine Gewährschaftseinrede und kann nicht etwa als Einrede des nichterfüllten Vertrages angesehen werden. Beide sind völlig verschieden. Die Wandelungseinrede beruht nicht auf dem ursprünglichen Vertrage, sondern auf einer besonderen Garantiepflicht des Verkäufers. Sie kann nicht wegen jeden Mangels, sondern nur wegen eines Mangels der im § 459 bezeichneten Art geltend gemacht werden. Endlich sind ihre Voraussetzungen vom Käufer zu beweisen[4]), während er bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages des Beweises ihrer Voraussetzungen überhoben ist.

Mängel einer Speziessache, die nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Gefahrübergang eintreten.

§ 17. Mängel der in § 459 bezeichneten Art.

Bisher beschäftigten wir uns mit dem Falle, daß die Speziessache im Zeitpunkte des Kaufabschlusses mit irgend

[1]) III S. 124.

[2]) Bem. zu § 459 S. 616.

[3]) Vgl. Planck, Anm. 1 zu § 462 S. 366; Crome II, S. 459, § 222a 2; Endemann, I S. 996; Schöller, Bd. 46 S. 15; Leonhard S. 393; Oertmann S. 365, insbes. „Recht" 09 a. a. O.; Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 95; Schröder S. 38; Eccius, Bd. 43 S. 315.

[4]) Vgl. Leonhard a. a. O.

einem Mangel der im § 459 bezeichneten Art behaftet war.

Wir kamen zu dem Ergebnis, daß es hier nicht zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, die Kaufsache frei von Mängeln oder mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern. Wir sahen weiter, daß dementsprechend dem Käufer nur die ädilizischen Rechtsbehelfe zu Gebote standen, um den Verkäufer wegen mangelhafter Lieferung in Anspruch zu nehmen.

Andere Grundsätze greifen ein, wenn irgend ein Mangel der im § 459 bezeichneten Art bei der Speziessache später, in der Zeit zwischen dem Abschlusse des Kaufvertrages und dem Übergange der Gefahr, entsteht. Auch hier kann der Käufer die ädilizischen Rechtsbehelfe geltend machen. Da aber der Verkäufer beim Spezieskauf nach dem Kaufvertrage verpfichtet ist, die Kaufsache in dem Zustande zu übergeben, in dem sie sich zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages befindet, so kann er dieser seiner vertraglichen Erfüllungspflicht nicht mehr Genüge leisten, wenn nach dem Kaufabschlusse, aber vor dem Gefahrübergange Mängel bei der Kaufsache eintreten, die nicht zu beseitigen sind; es tritt in diesem Falle Unmöglichkeit der Erfüllung ein.

Es fragt sich daher, ob und inwieweit in diesem Falle neben den Gewährleistungsvorschriften auch die allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit (§ 323 ff.) zur Anwendung kommen.

Über diese Frage haben sich verschiedene Ansichten unter den Schriftstellern gebildet.

Von allen Schriftstellern wird zugegeben, daß bei Sachmängeln die Gewährleistungsvorschriften gegenüber den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung der gegenseitigen Verträge eine lex specialis sind, Zweifel erhebt sich nur über ihre Ausschließlichkeit.

Manche Schriftsteller [1]) fassen die allgemeinen Vor-

[1]) Eccius, Bd. 43, S. 306 u. 307; Endemann, § 161 Anm. 20; Titze S. 277.

schriften als durch die Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen auf.

Mit Recht nimmt demgegenüber aber die herrschende, auch von uns vertretene Meinung [1]) an, daß die allgemeinen Vorschriften neben die Gewährleistungsvorscriften treten. Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften kommt insoweit in Betracht, als nicht vom Gesetz das Gegenteil besonders ausgesprochen wird oder sich durch ihre Anwendung kein Widerspruch zu den Sonderregeln des Kaufrechts ergibt. Die allgemeinen Vorschriften bleiben insbesondere dann außer Anwendung, wenn sie lediglich den gleichen Erfolg wie die Gewährleistungsvorschriften herbeiführen [2]). Eine kumulative Anwendung beider Rechtsvorschriften ist somit ausgeschlossen [3]).

Diese dem Interesse des Käufers allein gerecht werdende Regelung ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Mit dem Abschlusse des Kaufvertrages übernimmt der Verkäufer die Verpflichtung, die Sache zwar nicht in fehlerfreiem, jedoch in dem Zustande zu übergeben, in welchem sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses befand. Der Verkäufer ist vertraglich verpflichtet, die Kaufsache bis zum Gefahrübergange in diesem Zustande zu erhalten, sie so zu behandeln, daß sie in der Zwischenzeit zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang nicht beschädigt wird. Diese Verpflichtung ist zwar nicht ausdrücklich durch das Gesetz dem Verkäufer auferlegt, sie ergibt sich aber einmal aus § 433 und sodann vor allem aus dem Grundsatze des § 242, daß der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu be-

[1]) Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 104 ff.; v. Blume S. 228; Windscheid-Kipp, § 395 S. 655 ff.; Planck, Bem. zu § 459 S. 362; Oertmann, Vorbem. zu § 459 S. 361; v. Staudinger, Vorb. zu § 459 S. 611; Neumann S. 341 u. 342; Crome, § 220 Anm. 33 S. 448; Schultze S. 143 ff.; Schöller, Bd. 46, S. 20 ff.; Dernburg, DJZ. 1903 S. 4; Schröder S. 94 ff.; RG. Bd. 52 S. 18 ff.; Emerich S. 69; Krahmer S. 114; Kisch S. 194; Julius S. 30 ff.; Hellbach im „Recht“ 1905, S. 7.

[2]) Vgl. Oertmann S. 361.

[3]) Vgl. Oertmann a. a. O.

wirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern[1]). Es handelt sich also bei nachträglicher schuldhafter Verschlechterung der Kaufsache seitens des Verkäufers um eine Verletzung der von der Gewährleistungspflicht streng zu scheidenden Vertragspflicht[2]); in diesem Falle müssen demnach die allgemeinen Vorschriften Platz greifen.

Die von uns vertretene Meinung findet im Gesetze selbst eine ausreichende Stütze:

Im § 463 ist bestimmt, daß der Verkäufer wegen Zusicherung und Arglist auf Schadensersatz nur wegen eines zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Fehlers haftet. Diese Beschränkung wird, worauf Oertmann[3]) mit Recht hinweist, nur dann verständlich, wenn man annimmt, daß der Gesetzgeber dem Käufer für die in der Zeit nach dem Abschlusse des Vertrages vom Verkäufer schuldhafterweise herbeigeführten Mängel den Schutz der §§ 320ff. zubilligen wollte[4]).

Da außerdem das Gesetz, wie schon gesagt, bei Sachmängeln nur im Falle der Arglist und der Zusicherung von Eigenschaften einen Schadensersatz zuläßt, so würde dem Käufer nach der gegnerischen Ansicht wegen der vom Verkäufer schuldhaft herbeigeführten Mängel stets nur Wandelung oder Minderung, nie aber Schadensersatz zustehen. Dies würde aber gegen das sonst grundsätzlich im Gesetzbuche geltende Verschuldensprinzip verstoßen, wonach derjenige, der einen Schaden verschuldet hat, auch verpflichtet ist, denselben zu ersetzen. Die Schadensersatzpflicht dem Verkäufer in diesem Falle aufzuerlegen, entspricht nur der

---

[1]) Oertmann, Vorbem. zu § 459, S. 361; Schollmeyer, Jherings Jahrbuch S. 105; Müller, im „Recht" 1902, S. 579; Hellbach, im „Recht" 1905, S. 6; v. Blume S. 228; Zucker S. 33ff.; Schultze S. 143ff.

[2]) Vgl. v. Blume a. a. O., Schollmeyer, Jherings Jahrb. a. a. O.; Oertmann a. a. O.

[3]) A. a. O. S. 362.

[4]) Vgl. hierzu auch Müller, a. a. O. S. 578ff.; Schöller, Bd. 46 S. 11ff.

Billigkeit. Denn dem Käufer ist mit den ihm zu Gebote stehenden Gewährleistungsvorschriften bei weitem nicht geholfen, wenn ihm z. B. durch die mangelhafte Lieferung ein Schaden entstanden ist, so wenn die mangelhaft gelieferte Ware seine eigene verdirbt.

Es ist endlich noch zu beachten, daß, wie schon erwähnt, der Verkäufer nach den §§ 459ff. wegen eines Mangels schon auf Grund der in diesen Paragraphen festgesetzten objektiven Erfolgshaftung, mithin ohne Rücksicht auf Verschulden, zur Verantwortung gezogen werden kann.

Daraus ist aber nicht zu folgern, daß diese nach den Gewährleistungsvorschriften ohne Rücksicht auf Verschulden eintretende Haftung des Verkäufers etwa dessen allgemeine Haftung wegen Verschuldens beseitigt. Diese bleibt regelmäßig aufrechterhalten, da sie eben auf einem grundsätzlich anderen Rechtsgrunde beruht, es sei denn, daß sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Diesen Gedanken will offenbar auch Schollmeyer[1]) Ausdruck geben, wenn er sagt, „daraus, daß die Gewährvorschriften für unverschuldete Fehler aufgestellt sind, weshalb sie auch für verschuldete gelten müssen, ist zu schließen, daß bei verschuldeten Fehlern daneben die weitergehenden Vorschriften des allgemeinen Teils zur Anwendung gebracht werden sollen."

Aus vorstehenden ergibt sich schon, daß die beiden Gruppen von Vorschriften prinzipiell nebeneinander bestehen.

Dies wird ausdrücklich bestätigt durch die Protokolle I. Lesung. Hier wird nämlich betont[2]), daß diejenigen Mängel, welche erst nach dem Vertragsschlusse eintreten, vom Verkäufer zu vertreten sind, wann und soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt. Da sich nun aber unter den speziellen Regeln des Kaufrechts keine Bestimmung findet, die eine Haftung des Verkäufers in diesem Falle eintreten läßt, so müssen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung kommen.

---

[1]) Jherings Jahrb. S. 105.
[2]) A. a. O. S. 689.

Übrigens würde der Ausschluß der allgemeinen Vorschriften auch zu praktisch völlig unhaltbaren Resultaten führen. Es könnte alsdann der Verkäufer die Sache nachträglich auf jede Weise schuldhaft beschädigen, ohne einem Ersatzanspruch von seiten des Käufers ausgesetzt zu sein. Würde der schuldhaft herbeigeführte Mangel nur geringfügig sein, so würde der Verkäufer vom Käufer überhaupt nicht in Anspruch genommen werden können[1]). Speziell beim Viehkaufe[2]) würde eine Haftung des Verkäufers für noch so erhebliche Mängel, die aber keine Hauptmängel sind, d. h. nicht unter die Kaiserliche Verordnung vom 27. März 1898 fallen, selbst dann überhaupt nicht eintreten, wenn er selbst die Mängel schuldhaft herbeigeführt hätte. Denn auch die Wandelung ist in diesem Falle gemäß § 482 ausgeschlossen.

Dieselbe unhaltbare Folgerung, nämlich den Verkäufer für haftfrei zu erklären, müßte eintreten, wenn der Verkäufer nach Übergang der Gefahr, jedoch vor der Erfüllung der Kaufsache, z. B. einer gemäß § 447 dem Spediteur anvertrauten Ware, vorsätzlich oder fahrlässig einen erheblichen Mangel beibringt. Denn die Gewährleistungsvorschriften schreiben nur eine Haftung für die zur Zeit des Gefahrüberganges bestehenden Mängel vor. Auch auf die Anwendung des § 823 Abs. 1 kann man sich nicht berufen; denn der Haftung aus § 823 Abs. 1 unterliegt nicht die Verletzung des Gläubigerrechtes durch den Schuldner, ein anderes Recht des Käufers ist hier aber vom Verkäufer nicht verletzt worden[3]).

Dieses so gefundene, völlig wiedersinnige Ergebnis widerspricht auch dem Grundsatze, der per argumentum e contrario aus §§ 446, 447 zu entnehmen ist. Hiernach geht nur die Gefahr der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über, also soll bis zu

---

[1]) Vgl. § 459 Abs. 1 Satz 2.

[2]) Schöller, Bd. 46 S. 21.

[3]) Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 105; Schöller, Bd. 46 S. 21.

der trotz der Übergabe noch nicht erfolgten Erfüllung die Gefahr der vom Schuldner zu vertretenden Verschlechterung beim Verkäufer verbleiben.

§ 18. Das Resultat und seine Folgen. Zusammentreffen der Gewährleistungsvorschriften mit den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung.

Wir haben in dem vorhergehenden Abschnitte nachzuweisen versucht, daß bei einem nach dem Kaufabschluß eintretenden Mangel grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung der gegenseitigen Verträge, insbesondere die Vorschriften über die Unmöglichkeit, neben den Gewährleistungsvorschriften Anwendung finden. Wir haben schon oben gesagt, daß die Anwendung der allgemeinen Vorschriften insoweit in Betracht kommt, als sich nicht durch ihre Anwendung ein Widerspruch zu den Sonderregeln des Kaufrechts ergibt. Insbesondere bleiben die allgemeinen Vorschriften dann außer Anwendung, wenn sie lediglich den gleichen Erfolg wie die Sondervorschriften herbeiführen[1]).

Wie sich im einzelnen von diesem Gesichtspunkte aus das Zusammentreffen der allgemeinen mit den besonderen Vorschriften gestaltet, soll im folgenden gezeigt werden.

1. Der Mangel ist nach dem Kaufabschlusse infolge eines Umstandes, den weder der Käufer noch der Verkäufer zu vertreten hat, eingetreten. In diesem Falle haben die Gewährleistungsvorschriften als leges speciales ausschließlich Anwendung zu finden, die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit ist ausgeschlossen, einerlei, ob der Mangel behoben werden kann oder nicht[2]).

Denn die allgemeinen Vorschriften befreien in § 323 Abs. 1 den Gläubiger von seiner Pflicht zur Bewirkung der

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O.; Schollmeyer, Jherings Jahrbuch a. a. O.

[2]) Gleicher Ansicht: Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 105 ff.; Oertmann S. 362; v. Staudinger S. 611; Neumann S. 341 ff.; Schöller, Bd. 46 S. 17; siehe auch Kisch S. 194 u. 195.

Gegenleistung, wenn ein Mangel zufällig eintritt und die Erfüllung vollständig unmöglich macht. Liegt teilweise Unmöglichkeit vor, so tritt eine entsprechende Minderung der Gegenleistung des Gläubigers ein. Befreiung von der Gegenleistung und Minderung der Gegenleistung kann der Käufer aber auch schon durch die Gewährleistungsvorschriften, nämlich durch Wandelung resp. Minderung, erlangen. Es kann nun nicht Wille des Gesetzgebers gewesen sein, durch Aufnahme der besonderen Vorschriften die dem Käufer aus der mangelhaften Lieferung schon ohnehin nach den allgemeinen Vorschriften zustehenden Rechte nur noch zu vermehren. Es ist vielmehr anzunehmen, daß die Gewährleistungsvorschriften in diesem Falle ausschließlich Anwendung zu finden haben, zumal sie gerade der besonderen Natur des Kaufes viel mehr angepaßt sind als die allgemeinen Vorschriften.

Bei der Anwendung der §§ 323 ff. ergibt sich nämlich ipso iure Befreiung und Minderung, während das Gesetzbuch doch gerade durch Aufstellung der Gewährleistungsvorschriften den Parteien die Möglichkeit geben will, sich durch die Geltendmachung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs über die häufig streitige Bedeutung des Sachmangels zu einigen.

Ferner ergibt sich dies auch daraus, daß die Gewährleistungsvorschriften in § 477 einer kurzen Verjährung unterstellt sind, um den Käufer zur schnellen Geltendmachung der ihm bei etwaiger Mangelhaftigkeit der Kaufsache zustehenden Rechte im Interesse der Verkehrssicherheit zu zwingen [1]). Die Sicherheit des Verkehrs würde aber erheblich gefährdet, wenn dem Käufer in den Fällen, in denen ein unbehebbarer Sachmangel vorliegt, das unverjährbare Recht zustände, durch Berufung auf ipso iure erfolgte Befreiung oder Minderung in der Hauptsache das gleiche Ergebnis zu erzielen, wie der Käufer, der sich der ädilizischen Rechtsbehelfe bedient.

Nach § 323 Abs. 1 Satz 2 würde sich sowohl beim Vor-

[1]) Motive II S. 238.

liegen eines erheblichen wie eines unerheblichen Fehlers der Kaufpreis ipso iure verhältnismäßig mindern, während die Gewährleistungsvorschriften nur wegen erheblicher Mängel einen Minderungsanspruch aufstellen. Dies würde aber zu einem ganz unhaltbaren Resultat führen. Denn wegen eines unerheblichen Fehlers würde die Minderung ipso iure eintreten, wegen eines erheblichen Fehlers dagegen würde dem Käufer nur ein der Verjährung unterworfener Anspruch auf Preisminderung gewährt werden[1]).

Auch begrifflich schließen sich die beiden Vorschriften aus. Denn mit dem zufälligen Eintritt des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, erlischt ja nach den allgemeinen Vorschriften, soweit die Unmöglichkeit reicht, ipso iure die Pflicht des Schuldners zur Leistung und die Verbindlichkeit des Gläubigers zur Gegenleistung[2]). Es würde demnach einer Rückgängigmachung des ganzen Kaufvertrages durch Wandelung oder einer Ausübung des dem Käufer nach den Sonderregeln zustehenden Minderungsrechts die Grundlage entzogen sein.

Daraus, daß nach dem Gesagten dem Käufer in diesem Falle die ihm durch § 323 Abs. 1 zustehenden Rechte neben den Gewährleistungsvorschriften nicht zu Gebote stehen, folgt aber nicht, daß er auch des im § 323 Abs. 2 erwähnten Anspruchs entbehren müsse. Dieser handelt von dem stellvertretenden Kommodum. Im Gesetze findet sich keine Bestimmung, die der Anwendung dieser Vorschrift entgegenstände. Auch ergibt sich aus allgemeinen Erwägungen, daß es nur der Billigkeit entspricht, dem Käufer, gerade weil er den Nachteil zu tragen hat, welcher durch die zufällig eingetretenen, weniger erheblichen Fehler verursacht wurde, den Anspruch auf das Kommodum einzuräumen, anstatt es dem Verkäufer als Ersatz für die Beschädigung zukommen zu lassen[3]).

---

[1]) Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 106.

[2]) Vgl. Crome, § 170, 1 S. 178.

[3]) So auch Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 106; Crome, § 222 Anm. 33.

2. Ist der Mangel durch ein Verschulden des Käufers entstanden, so kommt der durch die Vorschriften der §§ 459 ff. nicht berührte § 324 ausschließlich[1]) zur Anwendung. Der Käufer muß den Kaufpreis voll zahlen und erhält nur die verschlechterte Sache. § 459 kann hier trotz seines allgemein gefaßten Wortlautes keine Anwendung finden[2]). Denn es kann nicht der Wille des Gesetzes sein, dem Verkäufer für das Verschulden des Käufers die Haftung, die Pflicht zur Gewährleistung, aufzuerlegen; das würde in schroffem Widerspruche mit den Anforderungen der Billigkeit und mit der Verkehrsanschauung stehen. Vom juristischen Standpunkte aus wäre es überdies direkt widersinnig, daß der Käufer bei Anwendung der §§ 459 ff. in diesem Falle gleichzeitig zur Wandelung berechtigt und zum Ersatze des Schadens, welcher infolge der Wandelung dem Verkäufer erwächst, verpflichtet sein sollte. Auch hier hat übrigens der Käufer Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Kommodums gegen den Verkäufer gemäß § 281[3]).

3. Hat der Verkäufer die Entstehung des Mangels zu vertreten, so bleibt die Vorschrift des § 325 grundsätzlich neben den Sondervorschriften der §§ 459 ff. in Geltung. Jedoch ist hier mit Rücksicht auf den oben angegebenen Gesichtspunkt, daß die allgemeinen Vorschriften durch die Sondervorschriften ausgeschlossen werden, wenn sich durch diese derselbe Erfolg herbeiführen läßt wie durch jene, erforderlich, im einzelnen die durch beide Normenkomplexe dem Käufer gegebenen Rechte einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Nach den allgemeinen Vorschriften stehen in diesem Falle dem Käufer folgende Rechte zu Gebote:

a) Anspruch auf Schadensersatz.

[1]) Gleicher Ansicht: Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 106; v. Staudinger S. 611; Neumann S. 342; Oertmann S. 362.

[2]) Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrbuch S. 106.

[3]) Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrb. a. a. O. S. 106.

b) Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Kommodums.
c) Das Recht des Rücktritts.
d) Berufung auf eingetretene Preisminderung.

Nach den Gewährleistungsvorschriften kann der Käufer in diesem Falle bei erheblichen, wert- oder tauglichkeitmindernden, im Augenblicke des Gefahrüberganges vorhandenen Fehlern oder bei zu dieser Zeit fehlenden zugesicherten Eigenschaften folgende Rechte geltend machen:

a) Wandelung.
b) Minderung.

Dagegen hat der Käufer ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich der zur Zeit des Gefahrüberganges fehlenden zugesicherten Eigenschaften in dem hier in Rede stehenden Falle nicht, da die zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden waren und das Gesetz diesen Anspruch nur für den Fall ihres Nichtvorhandenseins zur Zeit des Vertragsabschlusses gewährt (§§ 462—463) [1].

Eine allgemeine Vergleichung dieser Rechte miteinander würde im Hinblick auf den oben hervorgehobenen Gesichtspunkt folgendes Resultat ergeben:

Verlangt der Käufer Schadensersatz oder Herausgabe des stellvertretenden Kommodum, so wird ihm durch beide Rechte die Herbeiführung eines Erfolges ermöglicht, den er lediglich auf Grund der §§ 459ff. nicht erreichen kann; macht der Käufer dagegen den Rücktritt geltend oder beruft er sich auf die eingetretene Preisminderung, so erzielt er hiermit im wesentlichen dasselbe Ergebnis wie mit der Geltendmachung des Wandelungs- und Minderungsanspruches.

Trifft der Anspruch auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung mit den Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung zusammen, so ist daran festzuhalten, daß der Käufer grundsätzlich freie Wahl in der Ausübung eines dieser Rechte hat. Mit dem Schadensersatzanspruche kommt

[1] Vgl. Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 107 u. 108 Anm. 2.

nämlich hier der Käufer unter Umständen weiter, als mit den Gewährleistungsansprüchen. Denn weder Wandelung noch Minderung kann ihm den gleichen Erfolg, nämlich Schadensersatz, der ja doch auch gemäß § 252 den entgangenen Gewinn umfaßt, gewähren. Es ist hierbei jedoch zu beachten, daß der Schadensersatzanspruch wegfällt, sobald die Wandelung oder die Minderung vollzogen sind[1]).

Das Gleiche gilt für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, welcher dem Käufer dann zusteht, wenn er sein mangelndes Interesse an der fehlerhaften Leistung nachweist (§ 325 Abs. 1 S. 2). Auch hier steht dem Käufer die wahlweise Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages neben den Gewährleistungsvorschriften so lange zu, bis die Wandelung oder Minderung vollzogen sind[2]).

Ebenso muß dem Käufer der Anspruch auf das stellvertretende Kommodum gewährt werden. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb nicht, da schon der Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen ist, dem Käufer auch dieser Anspruch zustehen sollte. Überdies müßte der Anspruch auf das stellvertretende Kommodum schon im Wege der Rechtsanalogie zur Anwendung gebracht werden, da er nicht lediglich für den Fall der §§ 325, 323, 281 gegeben ist, vielmehr auf einem allgemeinen Grundgedanken des Gesetzes beruht[3]).

Die wahlweise Zulassung der Geltendmachung des Rücktrittsrechts und des im § 323 Abs. 1 statuierten Rechtes neben den Gewährleistungsansprüchen würde dagegen nicht unbedenklich erscheinen.

Allerdings ist die Mehrzahl der Schriftsteller[4]) der Ansicht, daß eine wahlweise Anwendung auch dieser Rechte

---

[1]) Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 110; Kisch S. 194.

[2]) Schollmeyer, Jher. Jahrb. a. a. O.; Kisch a. a. O.

[3]) Vgl. Crome, § 144 S. 28 ff.; Stammler S. 133 Ziff. 37; vgl. auch z. B. §§ 255, 588, 718, 818, 1048, 1370, 1381, 1440, 1473, 1486, 1497 BGB.

[4]) Goldmann-Lilienthal, S. 494, § 134; Windscheid-

des § 325 neben den Sondervorschriften gegeben sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Anwendbarkeit der allgemeinen neben den besonderen Vorschriften gerade aus dem Grunde in Betracht kommt, weil zwar in jenen Vorschriften, nicht aber in den §§ 459 ff. das Moment des Verschuldens berücksichtigt ist. Auf den Moment des Verschuldens beruht nun aber unmittelbar nur der Schadensersatzanspruch, nicht aber auch unmittelbar das Rücktrittsrecht und das in § 323 Abs. 1 statuierte Recht — dies folgt schon daraus, daß im wesentlichen derselbe Erfolg wie durch diese beiden Rechte schon durch die in § 462 gegebenen Rechte herbeigeführt werden kann, ohne daß ein Verschulden des Verkäufers gegeben zu sein braucht.

Außerdem spricht aber gerade dieses letztere Argument, daß nämlich durch den Rücktritt und das im § 323 Abs. 1 statuierte Recht im wesentlichen der gleiche Erfolg, nämlich Befreiung von der Gegenleistung resp. Minderung der Gegenleistung, wie durch Wandelung und Minderung herbeigeführt werden kann, für die Richtigkeit der von uns vertretenen Ansicht. Denn es ist schon des öfteren erwähnt, daß in den Fällen, in denen beim Zusammentreffen der allgemeinen mit den besonderen Vorschriften durch Anwendung beider Vorschriften sich im wesentlichen der gleiche Erfolg ergibt, die letzteren als leges speziales die ersteren ausschließen.

Schollmeyer[1]) weist nun darauf hin, daß es für den Käufer von großer Bedeutung sein könne, daß ihm sowohl Rücktritt als auch Wandelung wahlweise zustehen. Denn der Wandelungsanspruch verjährt, das Rücktrittsrecht nicht. Andererseits können zwar sowohl Wandelungsrecht als auch Rücktrittsrecht befristet werden. Aber bei der Wandelung hat der Verkäufer nur dann ein Fristsetzungsrecht, wenn der Käufer ihm gegenüber einen Mangel behauptete, während

---

Kipp, II, § 395 S. 655; Oertmann, Vorbem. zu § 459, S. 362; Schröder S. 95; Neumann, Vorbem. zu § 459, S. 342; Schöller, Bd. 46, S. 20.

[1]) Jherings Jahrb. S. 111 ff.

beim Rücktritt die Fristlegung erfolgen kann, sobald der Verkäufer das Vorbringen der Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht erkannte (§§ 466, 327 mit § 355). Auch ist die Wandelung erst mit der Erklärung des Einverständnisses des Verkäufers mit dem Wandelungsbegehren des Käufers vollzogen, während der Rücktritt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Käufers geschieht. Endlich aber ist der Rücktritt durch Verarbeitung der gekauften Sache ausgeschlossen (§ 352), die Wandelung aber dann nicht, wenn der Fehler sich erst bei der Verarbeitung gezeigt hat (§ 467).

So wird also bald Rücktritt, bald Wandelung dem Käufer vorteilhafter sein und es ist nach Schollmeyer's Ansicht kein Grund vorhanden, den Käufer auf die Wandelung zu beschränken, wenn die Voraussetzungen für jedes der beiden Rechte vorliegen.

Von demselben Gedanken geht Schollmeyer[1]) aus, wenn er die wahlweise Geltendmachung des durch § 323 Abs. 1 dem Käufer gewährten Rechtes neben dem Minderungsrecht zuläßt. Er führt aus, daß wegen gewährspflichtiger Mängel der Anspruch nach § 472 nur auf Herabsetzung des Kaufpreises geht, während nach § 323 Ab. 1 Halbs. 2 der Kaufpreis sich von selbst mindert.

Es liegt nun seiner Ansicht nach kein Grund vor, dem Käufer, wenn er der erschwerenden Voraussetzung für die Anwendung des § 323 Abs. 1 genügt, nämlich den Nachweis des Verschuldens des Verkäufers erbringt, die Berufung auf die ipso iure eingetretene Minderung zu versagen.

Nach Schollmeyer soll also der Rücktritt und die Berufung auf eingetretene Preisminderung neben den Gewährleistungsvorschriften aus dem Grunde in Geltung bleiben, weil jene unter Umständen für den Käufer vorteilhafter sein können als diese.

Ausschlaggebend bei der Frage nach der Anwend-

[1]) Jherings Jahrb. S. 110.

barkeit beider Normenkomplexe soll also der größere oder geringere Vorteil des Käufers sein.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Denn würde dies gelten, so wäre die Aufnahme der dem Käufer weniger vorteilhaften besonderen Vorschriften in das Gesetz völlig überflüssig und widersinnig. Vielmehr ist daraus, daß ein und derselbe Erfolg im wesentlichen sowohl durch die besonderen begrenzteren Vorschriften als auch durch die weitergehenden allgemeinen Vorschriften herbeigeführt werden kann, zu schließen, daß die letzteren als durch die ersteren ausgeschlossen sein sollen.

Ein weiteres Argument für die hier vertretene Ansicht liegt endlich darin, daß durch die Regelung der §§ 459 ff eine „Vereinfachung des Rechtes" sowie die „Abschneidung schikanöser und verwickelter Prozesse" bezweckt werden soll[1]). Dieser Zweck würde aber nicht erreicht, wenn die gleichzeitige Anwendung der entsprechenden Rechte des § 325 zugelassen würde. Denn wenn z. B. im gewöhnlichen Leben der rechtsunkundige Käufer dem Verkäufer erklärte, „er halte sich wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache nicht für verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen, er stelle die mangelhafte Sache dem Verkäufer zur Verfügung", so könnte hierunter sowohl das Verlangen der Wandelung, die Erklärung des Rücktritts als auch Berufung auf die ipso iure erfolgte Befreiung von der Gegenleistung verstanden werden. Das Bestehen der besonderen Vorschriften würde demnach in direktem Gegensatz zu ihrem Zweck außerordentliche Unsicherheit begründen und geradezu zu „schikanösen und verwickelten Prozessen" reichen Anlaß geben.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung ist somit: Hat der Verkäufer die Entstehung des Mangels zu vertreten, so kann der Käufer

1. Wandelung oder Minderung verlangen (§ 462).
2. Schadenersatz wegen vollständiger oder teilweiser Nichterfüllung geltend machen (§ 325 Abs. 1, S. 1 und S. 2).

[1]) Vgl. Motive II, §§ 381, 382 S. 226.

3. Die Herausgabe des stellvertretenden Kommodum verlangen. (§§ 325 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 2, 281).

Dagegen sind ausgeschlossen diejenigen Rechte des § 325, welche im wesentlichen denselben Erfolg wie die Gewährleistungansprüche herbeiführen, nämlich

1. das Rücktrittsrecht.
2. Die Befugnis, sich auf die ipso iure erfolgte Aufhebung, bezw. Minderung der beiderseitigen Leistungspflichten gemäß § 323 Abs. 1 zu berufen.

§ 19. Der Einfluß der Gewährleistungsvorschriften auf die konkurrierenden allgemeinen Vorschriften.

In dem vorhergehenden Abschnitte haben wir die Fälle dargestellt, in denen die allgemeinen Vorschriften neben den Gewährleistungsvorschriften zur Anwendung kommen. Hierbei ist aber zu beachten, daß die allgemeinen Vorschriften mehrfache Einschränkungen durch die Gewährleistungsvorschriften erfahren; die Konkurrenz beider Vorschriften nebeneinander bleibt nicht ohne Einfluß auf die allgemeinen Vorschriften. Dies zeigt sich vor allem in zweifacher Beziehung:

1. Nach § 464 stehen einem Käufer, der eine mangelhafte Sache annimmt, obschon er den Mangel kennt, die Gewährleistungsansprüche nur zu, wenn er sie sich bei der Annahme vorbehält. Soll diese Vorschrift analog auf die Rechte des § 325 ausgedehnt werden, soll mit anderen Worten der Käufer, der die Sache in Kenntnis der Mängel annimmt, der Rechte aus § 325 durch vorbehaltlose Annahme verlustig gehen?

Im Gesetz findet sich hierüber keine Bestimmung. Es ließe sich nur daraus, daß das Gesetz verschiedene Voraussetzungen für die allgemeinen Vorschriften und für die Sondervorschriften aufstellt, indem erstere ein Verschulden des Verkäufers verlangen, letztere nicht, vielleicht die Folgerung herleiten, daß eine analoge Anwendung ausgeschlossen sei. Dem ist jedoch nicht beizupflichten. Denn für das

Erfordernis des Vorbehalts auf seiten des Käufers muß das Verhalten des Verkäufers gleichgültig sein, wie sich schon daraus ergibt, daß das Gesetz in § 464 auch dann dem Käufer die Vorbehaltspflicht auferlegt, wenn der Verkäufer das Vorhandensein der Fehler arglistig verschwiegen hat[1]).

Die Notwendigkeit des Vorbehalts für die Rechte des § 325 ist, wie Schollmeyer[2]) mit Recht bemerkt, auch daraus zu entnehmen, daß das Gesetz selbst dann vom Käufer den Vorbehalt verlangt, wenn die Fehler erhebliche sind, ihm eine Eigenschaft zugesichert ist und es sich um die minder weitgehenden Rechte aus §§ 462, 463 handelt, folglich muß bei den weitergehenden Rechten aus § 325 und nicht zugesicherten Eigenschaften sowie unerheblichen Fehlern das gleiche gelten.

2. Die Gewährleistungsansprüche unterliegen nach § 477 einer kurzen Verjährung; dagegen verjähren die Ansprüche aus den allgemeinen Vorschriften in der gewöhnlichen Verjährungszeit.

Es fragt sich nun, ob diese letzteren Ansprüche auch dann der gewöhnlichen Verjährungsfrist unterliegen, wenn sie auf Grund einer mangelhaften Leistung geltend gemacht werden. Dies ist zu verneinen.

Wir haben schon oben gesagt, daß alle aus der mangelhaften Lieferung einer Kaufsache entstehenden Rechte aus dem Grunde einer kurzen Verjährung unterstellt sind, weil für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf Mängel der Kaufsache nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und störend ist[3]). Im ähnlichen Sinne wurde auch in der zweiten Kommission von der Mehrheit geltend gemacht, daß es „im beiderseitigen Interesse der Vertragsschließenden liege . . . die Frage, ob und in welchem Umfange eine Haftung wegen Mängel begründet sei, bis zum Ablauf der in § 397 (§ 477 BGB.) bestimmten Frist der

[1]) Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 108.
[2]) A. a. O.
[3]) Motive II, S. 238.

richterlichen Entscheidung zu unterbreiten“ [1]), daß „bei Mängeln, die sich erst nach geraumer Zeit zeigen, der Beweis, daß sie schon zur Zeit der Übergabe vorhanden gewesen, bezw. der Gegenbeweis, daß sie damals noch nicht vorhanden gewesen seien, allzu unsicher werde“ [2]).

Aus den gleichen Erwägungen ist die Beibehaltung der kurzen Verjährungsfrist des § 477 auch auf die Ansprüche aus den allgemeinen Vorschriften geboten [3]).

§ 20. Mängel einer Gattungssache der in § 459 bezeichneten Art.

Andere Grundsätze wie für die Speziessache gelten für den Fall, daß eine Gattungssache an erheblichen Wertsoder Tauglichkeitsmängeln leidet oder daß ihr zugesicherte Eigenschaften fehlen.

Der begriffliche Unterschied der Gattungsschuld von der individuell bestimmten sog. Speziesschuld besteht darin, daß der Leistungsgegenstand nicht individuell oder konkret, sondern bloß nach Gattungsmerkmalen, abstrakt bestimmt ist. Beim Gattungskauf beschränkt sich also im Gegensatze zum Spezieskauf die Verpflichtung des Verkäufers nicht allein auf einen ganz bestimmten, in concreto erfaßten Gegenstand, sondern sie umfaßt hier eine unbegrenzte Vielheit von Gegenständen, aus welcher ein bestimmter Gegenstand erst ausgeschieden und zum Gegenstand der Leistung gemacht werden soll; und zwar muß der Verkäufer mangels besonderer Abmachung auf Grund gesetzlicher Vorschrift einen Gegenstand von mittlerer Art und Güte leisten (§ 243). Die Gattungssache wird regelmäßig auch vertretbar sein; notwendig ist dies aber nicht [4]). Beim Gattungskauf ist demnach nicht, wie beim Spezieskauf, eine bestimmte Sache von vornherein Gegenstand des Kaufvertrages, sondern erst

[1]) Protokolle 83, § 397, S. 680.

[2]) Protokolle §§ 383 ff., S. 676.

[3]) Gleicher Ansicht: Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 109; vgl. auch RG. Bd. 53 S. 203; Bd. 54, S. 204.

[4]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 243; Schröder S. 89.

dann, wenn die sogenannte Konzentration stattgefunden hat, d. h. wenn der Verkäufer das zur Leistung seinerseits Erforderliche vorgenommen hat.

Wohl hervorgerufen durch diesen begrifflichen Unterschied hat bereits im gemeinen Rechte die Frage eine eingehende Behandlung erfahren[1]), ob beim Gattungskauf ebenso wie beim Spezieskauf die ädilizischen Rechtsbehelfe bei mangelhafter Lieferung zur Anwendung kämen oder ob beim Gattungskauf mangelhafte Erfüllung stets Nichterfüllung sei.

Windscheid[2]), ihm folgend Thöl[3]), nahm bei dem Gattungskauf an, hier müsse als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden solle; sei also fehlerhaftes geliefert, so sei trotz der Annahme des Käufers, vorausgesetzt, daß sie nicht in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit geschah, noch nicht erfüllt, und der Käufer könne daher anderweite Lieferung und sein Interesse verlangen[4]).

Die herrschende[5]) Meinung hielt jedoch entgegen dieser Lehre daran fest, daß auch auf den Gattungskauf, nachdem dieser sich gemeinrechtlich eingebürgert hatte, die ädilizischen Rechtsbehelfe anwendbar seien.

In der Tat ist es nicht ersichtlich, warum nicht der Käufer im Falle des Genuskaufs, da eine verschiedene Behandlung des Genus- und Spezieskaufs für das Gebiet des gemeinen Rechtes der inneren rechtlichen Begründung entbehrt hätte, dieselben Rechte haben sollte, wie sie ihm im Falle des Spezieskaufs zustehen[6]).

Endgültig ist diese Streitfrage jedoch erst durch das

---

[1]) Vgl. Goldschmidt S. 98 ff. und die dortige Literatur.

[2]) Pandekten, Bd. 2, § 394 Anm. 20.

[3]) Bd. 1, § 275, Anm. 17.

[4]) Vgl. auch Dernburg, Pand. S. 282 Anm. 2.

[5]) Dernburg, Pand. Anm. 24 zu § 101; vgl. auch Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 99 ff.

[6]) RG. Bd. 6 S. 189; Bd. 12, S. 84; Seufferts Arch. Bd. 48 u. 84 (OLG. Braunschweig); Bd. 49 u. 243.

BGB. in § 480 gelöst. Es hat hier für den Gattungskauf neben dem Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache die gewöhnlichen Rechtsbehelfe der Wandelung und der Minderung für anwendbar erklärt. Es stützt sich hiermit gegenüber der bisher schwankenden Doktrin hauptsächlich auf die Ergebnisse der seitherigen überwiegenden Praxis im Gebiete des gemeinen, preußischen und französischen Rechtes [1]). Nach wie vor ist es aber auch unter der Herrschaft des BGB. noch Gegenstand lebhaften Streites, ob beim Gattungskaufe durch Lieferung einer mangelhaften Sache der Schuldvertrag erfüllt werden könne oder ob hier mangelhafte Erfüllung stets Nichterfüllung bedeute.

Auf den ersten Blick mag es scheinen, als ob im Gesetze selbst eine Handhabe zur Behebung dieser Streitfrage gegeben ist. Wenn es nämlich in § 243 Abs. 1 heißt: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten", so könnte durch diese Bestimmung die Annahme erweckt werden, daß der Verkäufer mit der Leistung von Waren mittlerer Art und Güte seinen Vertragspflichten genüge, auch wenn die so beschaffenen Waren mangelhaft sind, daß also Waren mittlerer Art und Güte als mangelfreie anzusehen seien.

Diese Ansicht findet sich bei Endemann [2]). Da seiner Meinung nach Sachen mittlerer Art und Güte in Ermangelung besonderer Abrede als mangelfrei gelten, so folgt aus dem im Gesetze aufgestellten Grundsatze, daß die Leistung mangelhafter Gattungssachen nicht als Nichterfüllung behandelt wird; die mangelhafte Gattungssache gilt nicht als eine andere, nicht geschuldete.

Ihm schließt sich im Grundsatze auch Dernburg [3]) an. Seiner Ansicht nach ist, wenn ein dem versprochenen nach Gattung und Art entsprechendes, wenn auch mangelhaftes Objekt geliefert und angenommen ist, nicht etwas „Anderes",

---

[1]) Vgl. Motive II, S. 241; v. Staudinger, Bem. zu § 480, S. 682.
[2]) A. a. O. § 161 a b 2.
[3]) § 188, I; derselbe, Pand. A. 24 S. 282.

als vereinbart war, geliefert, sondern es ist erfüllt, wenn auch nur mangelhaft erfüllt [1]).

Eine Anzahl von Schriftstellern legt dagegen dem § 243 eine andere Bedeutung bei. Sie sagen, daß in der Leistung einer Sache, die in irgend einer Beziehung unter dem Niveau der durch das Gesetz in § 243 vorgeschriebenen Qualität zurückbleibt [2]), stets Nichterfüllung der Vertragspflicht liege.

So lehrt Emerich [3]), daß das Angebot einer mit erheblichen Mängeln behafteten Sache im Hinblick auf § 243 kein Erfüllungsangebot sei, weil die Sache eine andere sei, als die geschuldete.

Crome [4]) vertritt dementsprechend die Meinung, beim Gattungskaufe lasse sich, da dieser regelmäßig auf Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte der betreffenden Gattung gehe, die Auffassung rechtfertigen, daß eine Lieferung mangelhafter Sachen keine Vertragserfüllung sei.

Ihnen schließen sich auch Schöller [5]), Schröder [6]) und Leonhard [7]) an.

Auch das Reichsgericht [8]) scheint diese Auffassung zu teilen, wenn es ausspricht, daß ein Fehler, der die Verkäuflichkeit oder den Gebrauch beeinträchtigt, der Ware die Eigenschaft nehmen könne, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu sein.

Meines Erachtens kann bei der Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage, ob die Lieferung mangelhafter Gattungsware sich als Nichterfüllung darstellt oder nicht, überhaupt nicht die Heranziehung des § 243 in Betracht kommen. Denn der Begriff mittlerer Art und Güte in § 243 zieht keine

---

[1]) Ähnlich Staub, HGB. Anm. 3 zu § 377; Schollmeyer, Jher. Jahrb. S. 99 ff.

[2]) Nowicki S. 33.

[3]) Emerich S. 68.

[4]) A. a. O. § 220, 2 e.

[5]) Bd. 46, S. 23, Anm. 26.

[6]) S. 89 ff.

[7]) S394.

[8]) RG. Bd. 47, S. 135.

Grenze in der Richtung, mit wie vielen und wie großen Mängeln eine Sache behaftet sein darf, um noch als Erfüllung gelten zu können, sondern bestimmt lediglich die zu leistende Qualität. § 243 gibt also keinen Maßstab dafür, ob die Lieferung mangelhafter Gattungssachen Erfüllung sei oder nicht, sondern bestimmt nur, wenn dies von den Parteien unterlassen ist, kraft Gesetzes die zu leistende Qualität.

Vielmehr ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob die Lieferung mangelhafter Gattungsachen Nichterfüllung bedeute oder nicht, aus § 480 Abs. 1. Gemäß dieser Gesetzesvorschrift kann der Käufer vom Verkäufer neben Wandelung und Minderung an Stelle der mangelhaften die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Dieser besondere Rechtsbehelf des Anspruchs auf Lieferung einer anderen Sache beruht auf der Anschauung, daß der Verkäufer durch die Leistung einer mangelhaften Sache seiner Pflicht zur Leistung einer mangelfreien Sache noch nicht genügt habe und deshalb bei der Vertretbarkeit des Kaufgegenstandes eine richtige Leistung der mangelhaften substituiren müsse[1]).

Der in § 480 Abs. 1 dem Käufer gewährte Anspruch geht somit auf Leistung mangelfreier Ware, er ist ein Erfüllungsanspruch[2]).

Dieselbe Auffassung von dem Wesen dieses Nachlieferungsanspruchs als Erfüllungsanspruchs findet sich auch in den Motiven[3]), wo es heißt: „Mit Geltendmachung des Rechtes auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache fordert der Gläubiger die Erfüllung des Vertrags". Ebenso steht das Reichsgericht[4]) auf dem hier vertretenen Standpunkte, wie sich aus folgender Entscheidung ergibt: „Für die Annahme, daß der Gesetzgeber alle Ansprüche aus der Lieferung einer mangelhaften Sache ausschließlich der kurzen

[1]) v. Staudinger, Bem. zu § 480, III, 1 S. 683.

[2]) Derselben Ansicht: Dernburg, § 188, S. 68, II, 2; Crome, § 222, III, S. 472; Oertmann, § 480, S. 404; Schröder S. 90.

[3]) II, S. 242.

[4]) RG. Bd. 53, S. 203; siehe auch Bd. 52 S. 352; Bd. 53 S. 91.

Verjährung des § 477 unterstellen wollte, spricht auch § 480 Abs. 1, wonach der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache, der an sich ein Anspruch auf Vertragserfüllung ist und deshalb der Verjährung von 30 Jahren unterliegt, gleichfalls dem § 477 unterstellt ist".

Die hier vertretene Ansicht ist jedoch nicht unbestritten. Insbesondere wird von Schollmeyer[1]) behauptet, daß auch die Nachlieferungspflicht lediglich eine Garantiepflicht, keine Erfüllungspflicht sei. Er begründet dies damit, daß es nicht angängig sei, dem Gesetz in dieser Frage einen zwiespältigen Standpunkt unterzuschieben. Einen zwiespältigen Standpunkt würde aber das Gesetz einnehmen, wenn der Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsansprnch angesehen werde. Denn es würde dann ein Unterschied zu machen sein zwischen dem Zustand der eingetretenen, wenn auch mangelhaften Erfüllung, der sich in der Zulassung von Wandelung und Minderung sowie — bei arglistig verschwiegenen Fehlern und fehlenden zugesicherten Eigenschaften — in dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung äußern würde, und ferner zwischen dem Zustand der gänzlichen Nichterfüllung, der in dem Recht auf Lieferung einer fehlerfreien Sache zu Tage trete. Vielmehr nehme das Gesetz in dieser Frage einen durchaus einheitlichen Standpunkt ein, indem der Anspruch auf Leistung einer fehlerfreien Sache lediglich ein Gewährleistungsanspruch sei.

Trotz dieser Ausführungen Schollmeyers kann nichts an dem hier vertretenen Standpunkt, daß der Nachlieferungsanspruch ein Erfüllungsanspruch sei, geändert werden. Denn mögen auch im Gesetz in diesem Falle die Gewährleistungsvorschriften neben den Nachlieferungsanspruch gestellt sein, so wird damit doch nicht gesagt, daß das Gesetz die Lieferung einer mangelhaften Gattungssache als Erfüllung ansehe, sondern es wird damit dem Belieben des Käufers anheimgestellt, ob er die mangelhafte Ware als Erfüllung anerkennen will, wenn ihm dies vorteilhafter als sie als

[1]) Jherings Jahrb. S. 102.

Nichtleistung anzusehen erscheint[1]). Nur um die Lage des Käufers besonders günstig zu gestalten, damit der Verkäufer die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens in vollem Umfange trage, ist dem Käufer dieses Wahlrecht gegeben worden[2]).

Bedenklich gegenüber der hier vertretenen Ansicht erscheint es nur, daß das Gesetz den Nachlieferungsanspruch der gleichen kurzen Verjährung wie die Gewährleistungsansprüche unterstellt, wie sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 477 ergibt, und daß es auch sonst viele von den für die Gewährleistungsansprüche geltenden gesetzlichen Bestimmungen auf den Nachlieferungsanspruch für entsprechend anwendbar erklärt, (§ 480 Abs. 1, S. 2). Hierauf weisen die Gegner unserer Ansicht, vor allem Schollmeyer[3]), hin und folgern daraus, die Richtigkeit ihrer Auffassung. Aber auch dieses Argument ist nicht durchschlagend.

Denn die entsprechende Anwendung der für die Wandelung geltenden Vorschriften auf den Nachlieferungsanspruch rechtfertigt sich hinreichend dadurch, daß „der Anspruch auf Ersatzlieferung dem Wandelungsanspruch nur verwandt ist“[4]). Obwohl nämlich mit der Wandelung und dem Nachlieferungsanspruch im Ergebnis annähernd dasselbe Resultat herbeigeführt werden kann, so liegt doch eine große Verschiedenheit in ihrem Wesen. Denn wenn der Käufer mit dem Nachlieferungsanspruch eine mangelfreie Sache verlangt, muß er selbstverständlich die bereits empfangene mangelhafte zurückgeben. Auf diese Rückgewährspflicht des Käufers wegen der mangelhaften Sache finden ebenso, wie auf die Wandelung, die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften (§§ 346 ff) Anwendung. Eine Wandelung im Sinne der §§ 462, 465 liegt hierin aber trotzdem nicht, denn es wird hierbei nicht, wie bei der Wandelung, der ganze Kaufvertrag rückgängig gemacht, gleich als ob er überhaupt

[1]) Vgl. Oertmann S. 403 u. 404.
[2]) II, S. 242, Motive.
[3]) Jherings Jahrb. S. 102; vgl. auch Emerich a. a. O.
[4]) Düringer-Hachenburg S. 153.

nicht geschlossen worden wäre, sondern lediglich das Erfüllungsgeschäft. Deshalb findet auch kein Rückersatz der Vertragskosten statt. (Vgl. § 480, S. 2 in Verb. mit § 467, S. 2). Der Verkäufer hat hier auch nicht wie bei der Wandelung den Kaufpreis zurückzuerstatten, sondern er behält den Kaufpreis und hat für denselben eine mangelfreie Sache zn liefern[1]). Wegen dieses Unterschiedes werden eben die für die Wandelung geltenden Grundsätze nur für entsprechend anwendbar erklärt, sodaß hier eine Art Wandelung vorliegt (P. VI. S. 181). Daher sagen auch die Motive[2]): „Die Gleichstellung rechtfertigt sich bei wesentlicher Gleichheit der in Betracht kommenden Verhältnisse durch die Natur der Sache."

Dadurch, daß das Gesetz die entsprechende Anwendung der für die Wandelung geltenden Grundsätze auf den Nachlieferungsanspruch vorschreibt, kann somit ein Gegenbeweis gegen die hier vertretene Ansicht, daß der Nachlieferungsanspruch ein Erfüllungsanspruch und kein Gewährleistungsanspruch ist, nicht geführt werden. Insbesondere ergibt sich auch aus der Gesetzesbestimmung, daß die kurzen Verjährungsfristen auf den Nachlieferungsanspruch für entsprechend anwendbar erklärt sind, nichts gegen unsere Auffassung. Denn diese Bestimmung ist nicht etwa wegen Wesensgleichheit beider Rechtsbehelfe eingefügt, sondern lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen, wie allgemein anerkannt wird[3]) und sich auch aus den Motiven ergibt. Es sind nämlich alle Ansprüche des Käufers aus einer mangelhaften Lieferung des Verkäufers aus dem Grunde einer kurzen Verjährung unterworfen, weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist[4]).

[1]) Vgl. Düringer-Hachenburg S. 152ff; v. Staudinger, Bem. zu § 480 S. 683ff.; Staub, HGB., Exkurs zu § 377 Anm. 90ff.

[2]) II, a. a. O. S. 242.

[3]) RG. Bd. 53 S. 203; Wolff S. 67ff.; v. Blume a. a. O. S. 238; Windscheid-Kipp S. 712.

[4]) Motive II S. 238.

Nach Oertmann[1]) erklärt sich die Anwendung der kurzen Verjährung auch auf den Nachlieferungsanspruch ausreichend dadurch, daß es dem Käufer nicht füglich erlaubt sein darf, den Verkäufer über seine Entscheidung ungebührlich lange in Unklarheit zu lassen; sie kann als Korrelat zu der ihm zugebilligten Wahlmöglichkeit erscheinen — ohne sie stände der Lieferungsanspruch ja nicht nur wahlweise neben, sondern zugleich als immer noch verbleibende Aushülfe hinter den Gewährleistungsansprüchen.

§ 21. Das Resultat und seine Folgen.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung ist somit, daß in der Lieferung einer mangelhaften Gattungssache Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Vertragspflichten liegen kann: es ist demnach in diesem Falle die Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit gegeben.

Im einzelnen ergeben sich bei Lieferung mangelhafter Gattungssachen folgende Rechte für den Käufer:

1. Dem Käufer ist es zunächst freigestellt, sich nach seiner Wahl des Wandelungs- oder des Minderungsanspruchs zu bedienen. Tut er das eine oder das andere hiervon, so gelten auch hier dieselben Vorschriften, wie sie für diese Rechtsbehilfe beim Spezieskaufe gelten (vgl. §§ 462, 465). Denn die Rechtslage kann dann so angesehen werden, als ob durch die, wenn schon mangelhafte Lieferung eine Konzentration des generisch bestimmten Geschäfts auf die gelieferte Spezies eingetreten sei[2]):

Macht der Käufer diese ädilizischen Rechtsbehelfe geltend, so ist wie beim Spezieskauf für die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit kein Raum, da dem Verkäufer dann lediglich eine Garantiepflicht, keine Erfüllungspflicht obliegt.

---

[1]) A. a. O. S. 404.

[2]) Vgl. Oertmann, Bem. 2 zu § 480 S. 403; v. Staudinger, Bem. zu § 408 S. 682; Rümelin S. 78; a. M.: Schollmeyer, Jherings Jahrb. S. 99; vgl. ferner Oertmann, „Recht“ 04 S. 4 ff.

2. Aber der Käufer hat weiter in diesem Falle freie Wahl zwischen diesem allgemeinen Wandelungs- oder Minderungsanspruche und dem besonderen Anspruch auf Lieferung einer anderen mangelfreien Sache (dem sogen. Nachlieferungsanspruch). Wählt er letzteren, so kommen (statt: § 480) die anderen Ansprüche in Wegfall[1]). Diese Verpflichtung des Verkäufers auf Nachlieferung ist, wie oben erwähnt, eine Erfüllungspflicht, keine bloße Gewährleistungspflicht. Macht daher der Käufer den Anspruch auf Nachlieferung geltend, so sind auch die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit gegeben, da eben die Sachlage alsdann so angesehen wird, als ob der Verkäufer überhaupt noch nicht erfüllt habe.

3. Neben den bisher besprochenen drei Rechtsbehelfen steht dem Käufer wahlweise auch noch als vierter der Schadensersatzanspruch unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der §§ 463ff. zu, wenn nämlich der Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Auch dieser Schadensersatzanspruch ist, weil eben ein Gewährleistunganspruch, von einem Verschulden des Verkäufers in Ansehung des Bestehens des Mangels unabhängig (abgesehen natürlich von der subjektiven Voraussetzung der Arglist beim Verschweigen.) Eine Besonderheit waltet hierbei aber ob hinsichtlich des maßgebenden Zeitpunktes. Während dieser nämlich in § 463 für den Spezieskauf auf die Zeit des Kaufabschlusses verlegt ist, erklärt § 480 für die Beurteilung des Vorhandenseins des Mangels beim Genuskaufe die Zeit als maßgebend, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht[2]). Diese Abweichung erachten die Motive[3]) als notwendig deshalb, weil bei dem Vertrag über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit der Schließung des Vertrags, sondern mit dem Übergange der Gefahr zusammenfällt.

[1]) Vgl. v. Staudinger a. a. O. S. 683.
[2]) v. Staudinger a. a. O. S. 687.
[3]) II S. 243.

Der Schadensersatzanspruch steht dem Käufer aber nur statt der anderen Rechtsbehelfe, nicht auch neben diesen zu.

Behandelt er demgemäß die Leistung des Verkäufers als Erfüllung und macht Wandelung oder Minderung geltend, so kann er statt derselben den Schadensersatzanspruch nur in den Fällen erheben, in denen eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder ein Fehler vom Verkäufer arglistig verschwiegen wird., Stellt er sich dagegen auf den Standpunkt der Nichterfüllung, betrachtet er also die Sache als nicht vertragsmäßig und verlangt dementsprechend unter Zurückweisung der angebotenen mangelhaften Sache die Lieferung einer anderen mangelfreien, so kommen, falls diese Lieferung unmöglich wird, die Vorschriften über die Unmöglichkeit ohne weiteres zur Anwendung. Denn die Vorschrift des § 480 Abs. 2 kommt hier nicht in Betracht, da sie sich nur auf den Fall bezieht, daß der Käufer die Sache behält[1]).

§ 22. Die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, die nach dem Gefahrübergange eintritt.

Tritt die Mangelhaftigkeit der Kaufsache nach dem Übergange der Gefahr auf den Käufer ein, so versteht es sich nach dem Wortlaute des § 459 von selbst, daß die Gewährleistungsvorschriften nicht mehr in Frage kommen können. Verursacht nun der Verkäufer nach diesem Zeitpunkte vorsätzlich oder fahrlässig einen Mangel der Kaufsache, so fragt es sich, in welcher Weise er hierfür haftbar gemacht werden kann.

Es ist hier zu unterscheiden, ob der Mangel eintritt zu einer Zeit, zu der das Vertragsverhältnis den Verkäufer und Käufer noch als solche verbindet oder nicht, d. h. trotz des Gefahrüberganges die Erfüllung des Kaufvertrages noch nicht erfolgt ist oder Gefahrübergang und Erfüllung erfolgt sind.

Gefahrübergang und Erfüllung fallen zwar in der Regel zusammen. Jedoch gibt es auch Fälle, in denen trotz Gefahrüberganges die Erfüllung noch nicht erfolgt ist. Dies

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 403 ff.

ist der Fall, wenn der Verkäufer die verkaufte bewegliche Sache zum Transport dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat, oder wenn der Käufer eines Grundstücks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden ist. Auch wenn der Verkäufer die verkaufte bewegliche Sache dem Käufer zwar übergibt, aber sich das Eigentum ausdrücklich vorbehält oder den Abschluß des nach § 929 zur Übertragung des Eigentums erforderlichen dinglichen Vertrags verweigert, ist die Gefahr auf den Käufer übergangen[1]), trotzdem der Verkäufer den Kaufvertrag noch nicht erfüllt hat.

Führt nun der Verkäufer in einem solchen Falle schuldhafterweise die Mangelhaftigkeit der Kaufsache herbei, so haftet er hierfür, da er eben seinen Vertragspflichten noch nicht genügt hat, nach den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere gegebenenfalls nach den Vorschriften über die Unmöglichkeit (§§ 323 ff.)[2]).

Tritt ein Mangel nach Gefahrübergang und Erfüllung ein, so kann der Verkäufer höchstens nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen haftbar gemacht werden.

---

[1]) Die Auffassung, daß beim Eigentumsvorbehalt die Gefahr bereits mit der Übergabe auf den Käufer übergeht, wird vertreten von Düringer-Hachenburg S. 53; v. Staudinger S. 600; Rechtspr. d. OLG. (Kolmar) Bd. 8 S. 445; während nach Dernburg § 171 Anm. 11; Oertmann, Bem. 5 zu § 455; Planck, Bem. 2 zu § 455 die Gefahr erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Käufer übergeht.

[2]) Gleicher Ansicht: Oertmann S. 363; Windscheid-Kipp S. 71; Crome § 220 S. 448 Anm. 33; Schröder S. 94.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen